

**LETÍCIA CANUT**

**EXERCÍCIO DO DIREITO COLETIVO  
À SAÚDE NA PÓS-MODERNIDADE  
JURÍDICO-POLÍTICA BRASILEIRA:  
NOVA ESTRUTURA PARTICIPATIVA PARA A  
FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO**

Tese submetida ao Programa de Pós-graduação  
*Stricto Sensu* em Direito, Centro de Ciências Jurídicas,  
da Universidade Federal de Santa Catarina,  
como requisito à obtenção do título de Doutor em  
Direito.

Orientador: Prof. José Isaac Pilati, Dr.

**FLORIANÓPOLIS  
2013**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do  
Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

---

Canut, Letícia

Exercício do direito coletivo à saúde na pós-modernidade jurídico-  
-política brasileira : Nova estrutura participativa para a formulação das  
políticas do sistema único / Letícia Canut; orientador, José Isaac Pilati  
- Florianópolis, SC, 2013.

1 v.; 551p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Cen-  
tro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. direito à saúde. 3. participação. 4. Conselhos de  
saúde. 5. Políticas de saúde. I. Pilati, José Isaac. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito.  
III. Título.

---

**LETÍCIA CANUT**

**EXERCÍCIO DO DIREITO COLETIVO À SAÚDE NA  
PÓS-MODERNIDADE JURÍDICO-POLÍTICA BRASILEIRA:  
NOVA ESTRUTURA PARTICIPATIVA PARA A  
FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO**

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do Título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis,        de                      de 2013.

---

Dr. José Isaac Pilati  
Presidente – Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Programa de  
Pós-Graduação em Direito

**Banca Examinadora:**

---

Dra. Maria Célia Delduque Nogueira  
Pires de Sá  
Fiocruz / Brasília

---

Dr. Fernando Mussa Abujamra Atith  
Universidade de São Paulo (USP)

---

Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira  
Universidade Caxias do Sul (UCS)

---

Dr. Carlos Fernando Coruja Agustini  
Universidade do Planalto Catrinense

---

Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo  
Universidade Federal de Santa Catarina



*Aos meus pais, Ana Maria e Nacim,  
com muito amor e admiração.*



## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha mãe, Ana Maria, pelo companheirismo, apoio, amizade e amor de sempre.

Ao meu pai, Nacim, que mesmo não estando entre nós me acompanha todos os dias no amor e ensinamentos que deixou.

Aos meus irmãos, Juliana e Alexandre, pela força e apoio de sempre.

Aos meus sobrinhos, Gabriel e Diogo, pelos momentos únicos.

Ao meu orientador, Doutor José Isaac Pilati, pela dedicação, cuidado, paciência e sábias lições.

À Professora Paula Lobato de Faria, que me recebeu com carinho e dedicação na Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa quando da realização do estágio de doutoramento no exterior, oportunidade em que gentilmente compartilhou seus ensinamentos e obras.

Aos meus amigos Carolina Bahia, Fábio Maia, Fernando Scherner, Heloísa Medeiros, Gilfredo Maulin, Juliana Rocha, Michele Tranquilo, André Oliveira, Amanda Madureira, Bruna Roncato, Marina Sissini, Adriana Machado, Paula Adeu e Tainá Appel que no período de elaboração da tese formaram uma grande família e tornaram esta ilha mais cheia de magia.

Aos amigos e colegas que tive o prazer de conhecer na Floripa V'aa, escola de canoagem havaiana, que me permitiram momentos de descontração, divertimento e alegria, aos quais agradeço em nome do nosso professor Evandro Dornelles.

Aos professores e funcionários do PPGD.

Ao CNPq, pelo apoio financeiro que viabilizou o desenvolvimento deste trabalho.

À CAPES, pelo financiamento do estágio no exterior, realizado de novembro de 2011 a março de 2012, na Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa.





## RESUMO

Esta tese tem como tema o direito à saúde e, particularmente, o direito coletivo à saúde e o seu exercício por meio de uma estrutura participativa pós-moderna na fase de formulação das políticas do Sistema Único. A sua elaboração parte da constatação do cenário jurídico-político inédito inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988 que: configurou o Estado Democrático de Direito; introduziu a República Federativa Participativa; reconheceu o direito à saúde como um direito social fundamental de todos, a ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas formuladas e operacionalizadas no seio do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja diretriz constitucional da participação “comunitária” levou à criação legal dos Conselhos como instâncias participativas competentes para deliberar sobre as políticas do Sistema. A tese ocupa-se em responder como o direito de todos à saúde pode ser exercido no âmbito do novo paradigma introduzido pela Carta Magna. O que mais chama atenção é o fato de o panorama constitucional, que inaugura um paradigma jurídico-político pós-moderno, ainda ter os seus elementos e categorias estruturados, orientados e configurados sobre fundamentos da ordem jurídico-política moderna, que não permite a compreensão da complexidade e abrangência das mudanças introduzidas. Por isso, a tese faz uma análise de cunho paradigmático, capaz não só de explicar as novas categorias constitucionais *direito de todos à saúde* e *SUS*, mas de fornecer-lhes diretrizes e bases condizentes ao seu contexto e, assim, capazes de fundamentar a concepção de formas apropriadas para o exercício participativo de tal direito quando da formulação das políticas do Sistema Único. Embora o texto constitucional tenha conduzido à criação legal dos Conselhos de Saúde como foros de deliberação “comunitária” das políticas do SUS, o exame de cunho paradigmático ora proposto evidencia que este modelo ainda não corresponde às características da República Federativa Participativa, que exige que a saúde de todos seja reconhecida no plano jurídico como um bem coletivo autônomo exercido por meio da participação direta do seu titular, a Sociedade personalizada, em processos próprios. Desta forma, a partir de uma análise crítica do paradigma jurídico-político moderno e da compreensão do pós-moderno, de suas características e consequências para o exercício do direito coletivo à saúde, analisam-se as limitações do modelo de exercício do direito de todos à saúde por meio da formulação

das políticas do SUS pelos Conselhos de Saúde, para comprovar a necessidade de outra estrutura de participação, que seja condizente com os elementos e processos coletivos próprios do novo paradigma. Partindo de tais fundamentos, a tese apresenta a idealização de uma estrutura participativa inovadora, na qual a Sociedade atua diretamente para *construir* as deliberações sobre as políticas do Sistema de Saúde – que ditam o conteúdo e os rumos do direito coletivo que lhe pertence. Trata-se da concepção de um processo inclusivo, que não prescinde da estrutura administrativa estatal e de suas autoridades. Um modelo que, nas oportunidades de sua utilização, altera a configuração participativa do SUS e fornece novos papéis aos Conselhos de Saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito coletivo à saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). Políticas públicas. Pós-modernidade. Conselhos de Saúde.

## ABSTRACT

This thesis has as theme the right to health and, particularly, the collective health right and its practice through a post-modern participative structure in the phase of the Unified System's policies formulation. Its elaboration starts with the observation of the unprecedented legal-political scenario inaugurated in Brazil by the 1998 Constitution which: configured the Democratic State of Law; introduced the Participative Federal Republic; recognized the right to health as a social fundamental right of all, to be guaranteed by the State through the public policies formulated and applied in the core of the Unified Public Health System (hereby SUS), whose constitutional guideline of the community participation led to the legal creation of Councils like participative instances competent to deliberate about the System's policies. The thesis aims to answer how the right of all to health can be practiced in the range of the new model introduced by the Magna Carta. What receives special attention is the fact that the constitutional panorama, which inaugurates post-modern legal-political paradigm, still has its elements and categories structured, orientated and configured about fundamentals of the modern legal-political order, which does not allow the comprehension of the complexity and range of the introduced changes. Therefore, the thesis does an analyses of paradigmatic character, able not only to explain the new constitutional categories *right of all to health and to the Unified Public Health System (SUS)*, but also of giving them guidelines and basis according to its context and, as such, capable of justifying the conception of proper forms to the participative practice of such right when the policies of the Unified Public Health System are formulated. Despite the fact that the constitutional text has conducted to the legal creation of the Health Boards as forums of "community" deliberation of the SUS policies, the exam of paradigmatic character, proposed by then, highlights that this model does not correspond to the characteristics of the Participative Federal Republic, which demands that the health of all be recognized as an autonomous collective well-being practiced through the direct participation of its holder, the Society personified, in its own lawsuits. Thus, from a critic analysis of the modern legal-political paradigm and from the comprehension of the post-modern, of its characteristics and consequences to the practice of the collective health law, the limitations of the model of the right of all to health practice through the formulation

of SUS' policies by the Health Councils are analyzed, in order to prove the need of another structure of participation, which is adjusted with the elements and collective processes from the new paradigm. Starting with these fundamentals, the thesis presents the idealization of an innovative participatory structure, in which the Society acts directly to *build* the deliberations about the Health System policies – which dictate the content and the directions of the collective right that belongs to itself. It is about the conception of an inclusive process, which does not need the state administrative structure and its authorities. A model that, in the opportunities of its use, alters the participative configure of SUS and gives new roles to the Health Boards.

**Keywords:** Right to health. Collective right to health. Unified Public Health System (hereby SUS). Public policies. Post-modernity. Health Councils.

## RESUMEN

Esta tesis tiene como tema el derecho a la salud y, en particular, el derecho colectivo a la salud y su ejercicio a través de una estructura participativa posmoderna en la fase de formulación de las políticas del Sistema Único. Su preparación comienza afirmando el escenario sin precedentes jurídico-político inaugurado en Brasil por la Constitución de 1988 que: estableció un Estado democrático de Derecho, introdujo la República Federal Participativa; reconoció el derecho a la salud como un derecho social fundamental de todos, para ser garantizado por el Estado a través de políticas públicas formuladas y puestas en funcionamiento dentro del Sistema Único de Salud (SUS), cuya directriz constitucional de la participación “comunitaria” dio lugar a la creación de los Consejos de Salud como instancias participativas competentes para decidir sobre las políticas del sistema. La tesis trata sobre responder cómo el derecho de todos a la salud puede ser ejercido dentro del nuevo paradigma introducido por la Constitución. Lo que más llama la atención es el hecho que el panorama constitucional, que inaugura un paradigma postmoderno jurídico-político, todavía tiene sus elementos y categorías estructuradas, dirigidas y establecidas sobre bases de orden jurídico-política moderno, que no permite la comprensión de la complejidad y el alcance de los cambios realizados. Por lo tanto, la tesis realiza un análisis de naturaleza paradigmática, capaz no sólo de explicar las nuevas categorías constitucionales, *derecho de todos a la salud y el SUS*, sino de proporcionarles directrices y bases coherentes con su contexto y por lo tanto capaz de soportar la concepción de formas apropiadas para el ejercicio de tal derecho cuando sean formuladas las políticas participativas del Sistema Único. Aunque el texto Constitucional ha llevado a la creación de consejos de salud legales como foros de deliberación “Comunitaria” de las políticas del SUS, el examen del carácter paradigmático propuesto muestra que este modelo no se corresponde con las características de la República Federativa participativa, que exige que la salud de todos sea reconocida como un bien colectivo autónomo ejercido a través de la participación directa del titular, la Sociedad personalizada, en procesos propios. De esta forma, a partir de un análisis crítico del paradigma jurídico-político de la comprensión moderna y postmoderna de sus características y consecuencias para el ejercicio del derecho a la salud colectiva, se analizan las limitaciones del modelo de ejercicio del derecho de todos a

la salud a través de la formulación de las políticas del SUS a través de los Consejos de Salud, para comprobar la necesidad de otra estructura de participación que sea consistente con los elementos y procesos colectivos propios del nuevo paradigma. Sobre tales bases, la tesis presenta la idealización de una innovadora estructura participativa, en la que la sociedad opera directamente para *construir* las deliberaciones sobre las políticas del Sistema de Salud – que determinan el contenido y la orientación del derecho colectivo que le pertenece. Se trata de la concepción de un proceso inclusivo, que no elimina la estructura administrativa del Estado y sus autoridades. Un modelo que, en las oportunidades para su uso altera la configuración participativa del SUS y proporciona nuevas funciones a los Consejos de Salud.

**Palabras clave:** Derecho a la salud. Derecho colectivo a la salud. Sistema Único de Salud (SUS). Políticas públicas. Posmodernidad. Consejos de Salud.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	17
Capítulo 1 - O DIREITO COLETIVO À SAÚDE NO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE: EXERCÍCIO E TUTELA PARTICIPATIVOS .....	27
1.1 Paradigma jurídico-político moderno: o quadro de exercício dos direitos individuais e o surgimento do direito à saúde.....	27
1.2 O direito de todos à saúde na transição paradigmática: o contexto jurídico-político de seu reconhecimento e difusão .....	75
1.3 O jurídico-político pós-moderno enquanto paradigma: modelo para o exercício e a tutela participativos do direito coletivo à saúde .....	121
Capítulo 2 - DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SISTEMA ÚNICO: INOVAÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS POR MEIO DOS CONSELHOS DE SAÚDE.....	169
2.1 O direito à saúde a partir da Constituição de 1988.....	169
2.2 O Sistema Único: histórico, conceito, instituições, princípios, diretrizes e inovação no exercício do direito de todos à saúde.....	202
2.3 Políticas Públicas no Sistema Único: formulação participativa nos Conselhos de Saúde e desafios da transição paradigmática .....	243
Capítulo 3 - A PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO: UM MODELO ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE .....	285
3.1 Atuais propostas participativas para o contexto da pós-modernidade e sua influência na Administração Pública .....	285
3.2 A participação “comunitária” no Sistema Único: o papel dos Conselhos de Saúde na formulação das políticas do setor .....	326

3.3 A dimensão coletiva do direito à saúde: por outra participação .....	362
--	-----

Capítulo 4 - (RE)CONFIGURAÇÃO PARADIGMÁTICA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS À SAÚDE NO BRASIL: DOS CONSELHOS DE SAÚDE AOS PROCESSOS COLETIVOS PARA DELIBERAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO .....	397
--	-----

4.1 Interpretações acerca do aspecto coletivo da saúde a serem superadas na construção do modelo pós-moderno.....	397
4.2 Fundamentos para a concepção do modelo pós-moderno de exercício do direito de todos à saúde desde o Sistema Único: os limites da estrutura de participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde e os elementos essenciais dos processos coletivos próprios .....	434
4.3 O processo coletivo próprio na formulação das políticas de saúde: uma idealização para o exercício pós-moderno do direito de todos.....	477

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	509
---------------------------	-----

REFERÊNCIAS.....	521
------------------	-----



## INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre o exercício do direito coletivo à saúde no paradigma jurídico-político pós-moderno introduzido no Brasil pela Constituição da República Federativa de 1988.

A pesquisa concentra-se na área de *direito, Estado e sociedade*, na linha de pesquisa *direito, Estado e Constituição; Sociedade, controle social e Sistema de justiça* e tem como tema o *direito à saúde*.

O direito à saúde foi definido como objeto da pesquisa desde os primeiros delineamentos do pré-projeto de tese. A delimitação do tema ao aspecto coletivo do direito à saúde e ao seu exercício participativo a partir da formulação das políticas do Sistema Único num contexto paradigmático consistiu em um longo e árduo trabalho derivado da preocupação inicial de estudar formas de aperfeiçoamento da participação social no Sistema Único de Saúde (SUS).

A busca pela teoria capaz de fundamentar uma proposta inovadora sobre tal participação conduziu a pesquisar-se sobre: o novo constitucionalismo, o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais; o direito à saúde, o direito sanitário e participação em saúde; a democracia participativa ou direta; a Administração Pública; o Sistema Único de Saúde e as políticas públicas. Mesmo diante da tentativa de aproximar as análises destes ramos de estudo, verificou-se que as hipóteses elaboradas a partir deles conduziam a propostas incapazes de oferecer o grau de inovação exigido pelo curso de doutoramento.

Esta constatação foi confirmada no momento em que se identificou a teoria de base capaz de fornecer *fundamentos e exemplos* para a idealização de novos modelos participativos: o trabalho de José Isaac Pilati acerca do resgate do coletivo no paradigma jurídico-político pós-moderno desde as lições da República Romana, especialmente, sobre a *Res publica* e o funcionamento das suas instituições políticas – Senado, magistraturas e comícios. Cuida-se de um resgate que abrange a dimensão dos bens, das pessoas e dos processos de forma a autonomizar o bem coletivo, o seu titular – a Sociedade personalizada – e os seus processos de participação direta – os coletivos próprios.

A teoria utiliza o contraponto romano para explicar a abrangência da mudança paradigmática introduzida pela Carta Magna de 1988 ao instituir não só o Estado Democrático de Direito mas, especialmente, a República Federativa Participativa e as propriedades coletivas extrapatrimoniais, que são de todos. Ela esclarece que o texto constitucional

inaugurou o modelo jurídico-político pós-moderno ao reconhecer a autonomia jurídica das propriedades coletivas – como a saúde – e a participação direta como elemento político inerente às mesmas.

Trata-se de uma teoria que não se limita a apresentar novos conceitos e categorias. Por sua natureza paradigmática, ela (re)estrutura a base sobre a qual as novas definições e elementos são estruturados. Permite que o eixo de orientação do paradigma moderno, simplificador e reducionista, guiado pela propriedade privada e pelas orientações dela derivadas – como as dicotomias entre o Estado e o indivíduo e entre o público e o privado e a representatividade – perca a centralidade e possibilite à pós-modernidade assumir-se enquanto paradigma de complexidade que, ao incluir o coletivo ao lado do público e privado, prevendo o equilíbrio entre as três dimensões, restaura elementos excluídos do paradigma anterior – em função da apropriação privada – e dissemina uma nova lógica para o jurídico e político.

Esta teoria colocou em evidência que os estudos acima mencionados não forneceriam os elementos necessários para se pensar uma outra participação no Sistema Único por estarem amarrados e fundados sobre orientações e diretrizes modernas, que reproduzem tratamentos jurídico-políticos dicotômicos e representativos. Ela foi capaz de fornecer explicações sobre tais limitações e um novo modelo para superá-las. Este se caracteriza em função de o exercício e a tutela dos direitos coletivos como a saúde deixarem de ser guiados pela lógica individualista e proprietária, saindo da dependência do voluntarismo do Estado – *que o exerce por meio de seu poder de polícia e pelas políticas públicas* – e do indivíduo para assumirem a índole de participação direta da Sociedade por meio de processos próprios.

Tal fundamento teórico, de cariz paradigmático, foi capaz de colocar em questão tanto as hipóteses elaboradas no projeto de tese quanto o problema que a princípio se propunha solucionar. Ele foi de tal influência e peso que apontou necessidade de se (re)formular o problema que iria orientar a elaboração da tese. A partir de então, passou-se a indagar – e aí está a enunciação do problema – de que forma o direito de todos à saúde pode ser exercido no âmbito de um Estado Democrático de Direito constituído por uma República Federativa Participativa, como a do Brasil da Constituição de 1988?

Por meio da pesquisa e aprofundamento da teoria de base e de trabalhos que a complementam como, por exemplo, os estudos dos romanistas Emílio Costa, Henrique Lozano y Corbi e Fritz Schulz; os exames para se compreender a função de um paradigma e o paradigma

da complexidade, como o trabalho de Edgar Morin; e os estudos que, apesar de orientarem-se pela lógica e diretrizes da modernidade, permitem a contraposição entre este modelo e a pós-modernidade jurídico-política, foi possível fundamentar e explicar o paradigma do direito e da política inaugurado pela Carta de 1988 e o modelo participativo que ele exige para o exercício e tutela de direitos<sup>1</sup> coletivos.

Desta forma, a tarefa de delimitar o objeto de análise só foi possível diante da consideração de variáveis e conceitos que compõem diversas áreas do conhecimento. Um panorama que reflete a complexidade do paradigma ao qual a tese se dedica e à insuficiência de uma única vertente teórica para compreender e explicar todo o panorama.

Com base no marco teórico ora explicado, a tese ocupa-se com a inadequação da configuração participativa do SUS para lidar com o direito coletivo à saúde. Atenta-se para o fato de o direito de todos à saúde e o SUS – Sistema instituído constitucionalmente para organizar as políticas públicas voltadas para a concretização daquele direito de todos – consistirem em categorias centrais da pós-modernidade jurídico-política do país, que estão sendo tratadas, organizadas e operacionalizadas de acordo e sob lógica e diretriz modernas, que inviabilizam o resgate do coletivo, reproduzem tratamentos dicotômicos e a participação representativa.

A Constituição Federal inovou ao estabelecer que o direito de todos a saúde deve ser garantido por políticas públicas a serem formuladas e operacionalizadas com a participação “comunitária” no seio do Sistema Único de Saúde (SUS). Contudo, esta participação, que, pelo novo paradigma, deveria ser direta e de todos, foi conferida, por meio da Lei 8.142/90, aos Conselhos de Saúde, instâncias deliberativas institucionalizadas do SUS, responsáveis pelas decisões em torno das políticas do Sistema.

Este desenho apresenta inovações. Dentre elas destaca-se que a formulação das políticas deixa de concentrar-se no voluntarismo do Estado para tornar-se competência dos Conselhos de Saúde, que têm composição e função representativa. O que significa uma nova forma de se exercer o direito de todos à saúde. No entanto, apesar de representar uma renovação, esta estrutura ainda não corresponde às exigências e características do paradigma pós-moderno introduzido pela Carta Magna de 1988 e suas categorias, direito coletivo à saúde e SUS. No modelo hodierno, ainda imperam as orientações e a lógica moderna – reducio-

---

<sup>1</sup> Teoria a ser explicada no decorrer da pesquisa.

nista, simplificadora e privatista – que não possibilitam o tratamento da saúde como um bem coletivo extrapatrimonial autônomo, de titularidade da Sociedade personalizada e, por isso, não viabiliza a criação de processos participativos próprios para atuação deste sujeito coletivo que foi excluído da modernidade diante da dicotomia Estado x indivíduo/sociedade de indivíduos e da configuração representativa da relação entre tais sujeitos.

Desta forma, a tese apresenta como hipótese principal a inadequação do modelo de participação “comunitária” do SUS ao paradigma inaugurado pelo texto Constitucional e a necessidade de conceber-se uma nova estrutura procedimental-participativa, conformada ao jurídico-político pós-moderno, que reconheça a autonomia da dimensão coletiva do direito à saúde – e, assim, do SUS –, e seja propícia à atuação direta de seu titular, a Sociedade, quando das decisões em torno de tais políticas.

Neste contexto, idealiza-se uma nova estrutura para o exercício do direito coletivo à saúde no Estado Democrático de Direito da República Participativa brasileira e a consequente (re)configuração do modelo participativo hodierno. Uma proposta paradigmática que exige nova lógica sobre a participação direta, característica inerente da dimensão coletiva da saúde e do SUS.

Diante deste quadro, estipula-se como objetivo geral do trabalho a tarefa de examinar o atual modelo de participação “comunitária” na formulação das políticas do Sistema Único de Saúde e contribuir para a concepção de uma estrutura participativa que corresponda às características da pós-modernidade jurídico-política brasileira introduzida pela Carta Magna de 1988, segundo a qual a saúde é bem coletivo autônomo a ser exercido pelo seu titular, a Sociedade personalizada, por meio de processos de participação direta.

Os objetivos específicos correspondem aos capítulos da tese. A sua organização e divisão seguem a orientação metodológica segundo a qual cada capítulo exerce uma função específica. Neste sentido, o primeiro capítulo ocupa-se com a introdução e a descrição do objeto da tese, dos conceitos e classificações centrais a ele relacionados e com a apresentação e explicação do marco teórico que a orienta. O segundo capítulo oferece o quadro geral de discussão do problema da tese. O terceiro volta-se para a comprovação da hipótese principal. O quarto e último capítulo dedica-se tanto à demonstração da hipótese quanto à proposta da tese.

Seguindo estas diretrizes os temas abordados nos quatro capítulos do trabalho são organizados com intuito de: a) analisar, sob uma pers-

pectiva paradigmática, o surgimento do direito à saúde, o seu reconhecimento como um direito social fundamental de todos e a teoria acerca do modelo pós-moderno adequado ao exercício e tutela participativos do direito coletivo à saúde; b) pesquisar o panorama do direito social fundamental à saúde no Brasil a partir do contexto constitucional de 1988 – que introduziu um paradigma jurídico-político pós-moderno no país a partir do Estado Democrático de Direito e da República Participativa – e destacar as novidades derivadas de tal texto, dentre as quais a institucionalização do SUS e a sua diretriz participativa, que promoveram a inovação para o exercício do direito de todos à saúde diante do papel deliberativo dos Conselhos sobre as políticas do setor; c) compreender os debates atuais sobre a participação e estudar o modelo de participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde na fase de formulação das políticas do Sistema Único frente à forma participativa inerente à dimensão coletiva pós-moderna do direito à saúde para demonstrar a inadequação do modelo atual e a necessidade de se conceber outra estrutura; d) organizar as explicações em torno da inadequação do modelo participativo do SUS e os elementos dos processos coletivos próprios, pós-modernos, para fundamentar e idealizar uma nova estrutura de exercício participativo do direito coletivo à saúde a partir da fase de formulação das políticas do setor.

O capítulo um evidencia que o estudo envolve a construção de um novo paradigma jurídico-político e não apenas novos conceitos e classificações. Por isto, apresenta o significado e funções de um paradigma para que seja possível compreender não só as características do paradigma jurídico-político moderno, mas também o porquê da disseminação da sua lógica e orientações até os tempos pós-modernos. Aponta que a modernidade jurídico-política operou reduções, simplificações, generalizações e formalizações para conformar a propriedade privada, tendo contraído o cenário às dicotomias público x privado, Estado x indivíduo e à representação. Examina que a modernidade não formou um todo homogêneo e que a transformação do Estado liberal em Estado Social possibilitou o surgimento de novos direitos, como o direito à saúde. No entanto, evidencia que esta e outras transformações não alteraram a lógica e o quadro que havia sido criado para a proteção de direitos individuais. Do que resultou um modelo geral de exercício e tutela de direitos dependente do voluntarismo ora do Estado ora do indivíduo.

Analisa que o reconhecimento e disseminação da saúde como um direito de todos deu-se no contexto de transição paradigmática, que vem sendo denominado de pós-modernidade ou sociedade digital, que tem como característica fundamental a complexidade e dentre os seus ele-

mentos centrais a participação e mudanças na concepção da propriedade moderna. Examina que as transformações no paradigma jurídico-político deste período foram marcadas: pela expansão do Estado Social sob a forma de Estado Democrático de Direito num cenário de difusão internacional dos direitos humanos e pela sua constitucionalização; pelos desafios de compartilhamento do poder soberano estatal; pela privatização e reforma do Estado e dos sistemas de saúde; pela ruína do Estado Social e o desafio de lidar com políticas públicas como instrumento de exercício e concretização dos direitos sociais. Aponta que, neste quadro, o direito à saúde ganha normatividade e aplicabilidade imediata, e recebe novas classificações, características e funções. No entanto, apesar de constatar o seu reconhecimento como um direito de todos, verifica que não há um tratamento teórico adequado para esta titularidade. Onde resulta que o exercício e a tutela deste direito continuam a guiar-se pela lógica e orientação modernas, e que, embora a ordem jurídico-político pós-moderna, segundo as interpretações correntes, reconheça a inoperatividade da ordem anterior e introduza novas categorias e conceitos, ela não conseguiu identificar e alterar as reduções e disjunções operadas pela modernidade.

Esta parte inicial do trabalho destaca que o exercício e a tutela do direito de todos à saúde cobra que o modelo jurídico-político pós-moderno assumam-se efetivamente enquanto paradigma. Isto significa a necessidade de revisão não só de categorias, conceitos e classificações, mas dos fundamentos e diretrizes modernas sobre os quais os elementos pós-modernos continuam a se fundamentar e a se organizar. Explica que na pós-modernidade o modelo jurídico-político há de recuperar a complexidade afastada na modernidade, que hão de ser resgatados os elementos excluídos daquela ordem em virtude das reduções e simplificações traduzidas em dicotomias e representações.

Examina, então, a teoria que permite o resgate da complexidade do direito e da política, ao reinserir a dimensão coletiva ao lado e com o mesmo peso que a pública e privada, donde resulta o reconhecimento não só de bens coletivos autônomos, como a saúde, mas também de seu titular – a Sociedade personalizada – e dos processos participativos apropriados para exercê-los. Uma teoria que explica este resgate a partir do contexto jurídico-político inaugurado pela Constituição de 1988, da República Federativa brasileira e do Estado Democrático de Direito, e do contraponto da República Romana.

O segundo capítulo verifica as características, classificações, configurações e funções do direito à saúde no Brasil após 1988, e a introdu-

ção do país na pós-modernidade jurídico-política diante do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito que instituiu a República Participativa, o sistema de seguridade social e o Sistema Único de Saúde (SUS).

Analisa o SUS de forma a observar: o histórico da sua formação; as normas editadas para sua operacionalização; o seu conceito; as instituições jurídicas que o formam – dentre as quais figuram os Conselhos de Saúde; os seus princípios e diretrizes. Este contexto permite o estudo das inovações que o Sistema Único promoveu para o exercício do direito coletivo à saúde por meio da formulação participativa das políticas do setor. Este exame é feito diante das explicações sobre a política pública, o “ciclo da política” e a sua importância para a concretização do direito à saúde, a participação “comunitária” no SUS e as dificuldades de reconhecimento jurídico das políticas.

Além disso, são apontados desafios que envolvem tanto o SUS quanto as suas políticas em virtude da sua complexidade e, também, das mudanças advindas da fase de transição paradigmática, marcada pelas reformas do Estado, da administração pública e dos Sistemas de Saúde, por privatizações, crise do Estado Social e de legitimidade do direito e pelas inovações da sociedade digital. O capítulo traça, então, o panorama atual que, apesar dos reptos, pode ser considerado inovador por tirar o exercício do direito coletivo à saúde do âmbito do voluntarismo estatal e colocá-lo nas mãos dos Conselhos de Saúde.

O terceiro objetivo específico consiste em pesquisar a categoria *participação* sob um viés paradigmático para apontar a necessidade de um novo modelo participativo para lidar com o direito coletivo à saúde e com o SUS, categorias pós-modernas introduzidas pela Constituição de 1988. Assim, o Capítulo 3 examina o quadro de disseminação da democracia direta e algumas teorias acerca da *participação na pós-modernidade* que têm recebido atenção no âmbito jurídico e político. Nestas análises, observa-se o papel das tecnologias da informação, os instrumentos e os mecanismos de participação, verifica-se a influência de tais propostas no âmbito da Administração Pública e os limites modernos das teorias examinadas.

Esta parte do trabalho investiga, também, a participação “comunitária” no SUS e, assim, o papel dos Conselhos de Saúde na formulação das políticas do setor. Faz um breve histórico – internacional e nacional – da participação em saúde e destaca as conquistas constitucionais e legais do movimento sanitário brasileiro. A partir deste contexto, apresenta os canais institucionalizados de participação social na área da saúde. Dis-

corre sobre as Conferências e Conselhos de Saúde de modo a enfatizar o papel destes e o seu caráter deliberativo e representativo quando da formulação das políticas do setor. Ressalta tanto a inovação que esta configuração representa para o exercício do direito coletivo à saúde quanto o seu caráter tipicamente moderno de representação. Outras formas de participação em saúde viabilizadas, especialmente, pelas tecnologias de informação e comunicação também são mencionadas.

Frente ao quadro traçado sobre esta configuração atual, o mesmo capítulo parte para o exame da participação a partir da perspectiva pós-moderna da dimensão coletiva do direito à saúde, uma abordagem que lhe garante procedimentos e espaços próprios. A partir da teoria apresentada no Capítulo 1 e das explicações acerca do SUS, dedica-se ao exame da participação em saúde como um processo inerente à sua dimensão de bem coletivo, de titularidade da Sociedade personalizada. Observa-se, no entanto, que esta abrangência do direito coletivo à saúde, mesmo diante das previsões constitucionais que inserem o país na pós-modernidade jurídica e na República Participativa, ainda não foi captada pela doutrina.

O capítulo final da tese apresenta traços essenciais para se pensar a construção de uma estrutura inovadora de participação para a formulação das políticas do SUS. Uma configuração pós-moderna adequada ao exercício do direito coletivo à saúde. Um modelo em que a Sociedade personalizada, titular do direito em questão, pode atuar diretamente nas deliberações em torno de tais políticas, assumindo o papel antes conferido aos Conselhos de Saúde, que, na nova estrutura participativa, assumem outras funções.

O primeiro passo para se idealizar a construção da nova estrutura consiste em apresentar as interpretações em torno do aspecto coletivo do direito à saúde que, por continuarem amarradas e orientadas pelas diretrizes modernas, não se adaptam ao modelo jurídico-político pós-moderno que se antevê. Os limites da configuração de participação “comunitária” no SUS para formulação das políticas do setor e os elementos dos processos coletivos pós-modernos ou próprios são apresentados como fundamentos para pensar-se a nova estrutura capaz de adaptar o exercício do direito coletivo à saúde a partir do SUS às peculiaridades do novo paradigma introduzido pela Constituição de 1988. Trata-se de um modelo participativo, sob nova lógica, que confere à Sociedade personalizada capacidade de ação jurídica direta, sem necessidade de representantes, em espaço próprio, e que exigirá a (re)configuração do modelo hodierno descrito no Capítulo 2.



O trabalho distingue-se das concepções atuais por não idealizar a estrutura de participação a partir de configurações, categorias e orientações modernas. Ao contrário, parte da revisão das reduções efetuadas pela modernidade no âmbito jurídico-político, para possibilitar o resgate do sujeito coletivo, dos seus bens e dos processos a eles relativos. Isso significa a retomada de elementos que haviam sido excluídos da ordem moderna em função da propriedade privada, um processo já iniciado pela Constituição brasileira de 1988 e que precisa, ainda, ser compreendido e operacionalizado.

O resgate do coletivo não pode ser feito a partir de elementos nem de propostas que partem da modernidade, conforme já afirmado. Cumpre-se esta tarefa com base na teoria de José Isaac Pilati, que tira as lições do coletivo de Roma republicana, e do recurso a obras que complementam esta construção, como já mencionado linhas acima.

Em relação à metodologia, a tese adota o método de abordagem indutivo e o método de procedimento monográfico. Emprega as técnicas de pesquisa documental, com coleta de legislação e doutrina. As citações são efetuadas de acordo com o sistema autor-data, os textos complementados com notas explicativas em rodapé e as referências bibliográficas estão de acordo com as NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. A estrutura e a apresentação gráfica do trabalho seguem a NBR 14724/2011.



## Capítulo 1

### **O DIREITO COLETIVO À SAÚDE NO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE: EXERCÍCIO E TUTELA PARTICIPATIVOS**

O presente capítulo traça uma abordagem paradigmática acerca do exercício e tutela do direito coletivo à saúde. Por isso, não se ocupa apenas com conceitos e classificações tradicionais relacionados ao estudo deste direito. Trata de explicações sobre o significado de um paradigma, da transição paradigmática e, especialmente, da função desempenhada por um paradigma. Faz uma análise em torno das bases modernas sobre os quais os conceitos, classificações e, especialmente, o exercício e tutela do *direito de todos à saúde* foram construídos para, de um lado, evidenciar que o quadro jurídico-político em que este direito coletivo foi reconhecido e disseminado – que vem sendo denominado de período transicional ou pós-moderno – não alterou as diretrizes do paradigma anterior. De outro lado, para apresentar a teoria que permite ao modelo jurídico-político assumir-se enquanto paradigma pós-moderno e, assim, como base para a configuração de um modelo apropriado para o exercício e tutela de tal direito. Esta teoria parte das lições da *res publica* e das instituições políticas de Roma Republicana para colocar o coletivo ao lado, e com o mesmo peso, do individual (privado) e do estatal (público), autonomizando a Sociedade enquanto sujeito de direito com capacidade de manifestação jurídica em processos participativos próprios.

#### **1.1 PARADIGMA JURÍDICO-POLÍTICO MODERNO: O QUADRO DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E O SURGIMENTO DO DIREITO À SAÚDE**

A modernidade jurídico-política se caracterizou pela predominância de ideais liberais e pela proteção de direitos de cariz individual. Os direitos sociais não foram consagrados como categoria central deste paradigma. As manifestações de maior relevo com relação a tais direitos surgiram nas décadas que assinalaram tanto a passagem do Estado liberal para o social quanto os primeiros sinais de crise do modelo moderno. Foi nessa situação que a saúde passou a ser abordada como direito.

Ora, então qual seria a importância de se analisar o contexto jurídico-político moderno numa pesquisa cujo objeto é o direito coletivo à

saúde, que foi reconhecido e difundido sob a conjuntura do paradigma posterior?

Ao menos duas razões demonstram a relevância desta abordagem. De um lado, o fato de a lógica e os elementos jurídico-políticos do paradigma moderno continuarem a orientar o exercício e a tutela do direito à saúde em tempos pós-modernos. De outro, em razão de a denominação desse paradigma subsequente remeter à modernidade e exigir, assim, o conhecimento de suas características.

A modernidade significou mais do que um momento histórico. Ela formou novo “tipo de sociedade” (OLIVO, 2004, p. 38), outra “formação sócio-cultural”<sup>2</sup> (RIBEIRO, 1998, p. 5), novo “espaço antropológico”<sup>3</sup> (LÉVY, 2003, p. 120) ou, ainda, novo paradigma (MORIN, 2011, p. 28-29; SANTOS, 2000, p. 60-68; CASTELLS, 2007, p. 107-113).

Diante dessa variedade de termos – e conceitos que os envolvem<sup>4</sup> –, o presente trabalho adotará o termo *paradigma* para identificar os modelos de sociedade e apontará o fator *tecnológico* (RIBEIRO, 1998, p. 41-68) como condicionante<sup>5</sup> das transições paradigmáticas.

A preferência ao termo *paradigma* possibilita restrição inicial do campo de análise do trabalho. No entanto, pelo seu uso cada vez mais

---

<sup>2</sup> Ribeiro (1998, p. 51-52) emprega a palavra “formação sociocultural” para “designar as etapas evolutivas enquanto padrões gerais de enquadramento sociocultural dentro dos quais se desenvolve a vida dos povos. Ou, em outras palavras, como modelos conceituais de vida social, fundados na combinação e uma tecnologia produtiva de certo grau de desenvolvimento, com um modo genérico de ordenação das relações humanas e com um horizonte ideológico, dentro do qual se processa o esforço de interpretação das próprias experiências com um nível maior ou menor de lucidez e de racionalidade”.

<sup>3</sup> “O que é um espaço antropológico? É um sistema de proximidade (espaço) próprio do mundo humano (antropológico), e, portanto, dependente de técnicas, de significações, da linguagem, da cultura, das convenções, das representações e das emoções humanas.” (LÉVY, 2003, p. 22)

<sup>4</sup> Os variados conceitos envolvem posicionamentos que se diversificam, dentre outros pontos, em relação à demarcação do tempo de duração de cada modelo de sociedade, à denominação que cada um dos períodos recebe e ao fator que possibilita a passagem de uma fase à outra.

<sup>5</sup> Darcy Ribeiro usa o termo “determina” quando se refere à questão tecnológica. No entanto, a exemplo de Lévy, utiliza-se aqui o termo “condiciona”. O autor explica que o fato de a sociedade estar “condicionada” e não “determinada” pelas técnicas, faz com que ela se encontre em um campo em que há abertura de várias possibilidades, sendo que nem todas serão utilizadas (LÉVY, 1999, p. 25).

frequente e em múltiplos contextos, há necessidade não só de explicitar o sentido que aqui lhe atribui, mas, especialmente, de ressaltar qual é a função desempenhada por um paradigma.

No âmbito *das ideias e debates científicos* anglo-saxões, a palavra *paradigma* passou a indicar aquilo que “seja o princípio, o modelo ou a regra geral, seja o conjunto das representações, crenças, idéias que se ilustram de maneira exemplar ou que ilustram casos exemplares” (MORIN, [1998], p. 266; 2011, p. 258-259). Mas foi a definição elaborada por Kuhn (1998, p. 13) que se tornou referência. Nela, os *paradigmas* são apresentados como “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

Olivo (2004, p. 19) faz menção à obra deste autor para descrever o que entende por *paradigmas*. No entanto, ao apresentá-los como “modelos” que recebem maior ou menor aceitação em determinados momentos, ele ressalta que em sua abordagem, diferentemente da de Kuhn, tratam-se de modelos com validade que não se restringe à comunidade científica.

Apesar de destacar a importância da abordagem de Kuhn acerca do tema, Morin (2011, p. 259) menciona a insuficiência e imprecisão de seu conceito e afirma que o autor forneceu-lhe sentido forte, mas, ao mesmo tempo, vago. Forte em virtude do poder dominador do paradigma sobre teorias, pela força de orientação de crenças, esquemas de pensamento, pressupostos e metodologias. Vago em razão de oscilar “entre sentidos diversos, cobrindo *in extremis*, de modo difuso, a adesão coletiva dos cientistas a uma visão de mundo”.

Ao descrever o paradigma dominante, Santos (2000, p. 67) faz menção à teoria das revoluções científicas de Kuhn para destacar que nela as ciências sociais não têm caráter paradigmático. Isto porque a abrangência do debate dessas ciências por todo o conhecimento adquirido impediria o consenso paradigmático que é possível no âmbito das ciências naturais por meio da formulação de princípios e teorias que são aceitos, sem discussão, pela comunidade científica.

As críticas ao pensamento de Kuhn refletem a dificuldade de se pensar a noção de *paradigma* (MORIN, 2011, p. 259) e servem como alerta para abordagem cuidadosa do tema. Por isso, procura-se esclarecer não apenas o significado do termo, mas também as operações e funções que o *paradigma* desempenha.

Sob a perspectiva em que o termo *paradigma*<sup>6</sup> abrange tanto o saber e a comunidade científicos quanto todo o conhecimento, pensamento e “sistema noológico”<sup>7</sup> (MORIN, [1998], p. 268; 2011, p. 261), deve-se compreender que ele

[...] contém, para todos os discursos que se realizam sob o seu domínio, os conceitos fundamentais ou as categorias mestras de inteligibilidade, ao mesmo tempo que o tipo de relações lógicas de atração/repulsão (conjunção, disjunção, implicação ou outras) entre esses conceitos e categorias. (MORIN, [1998], p. 268)

De tal elucidação verifica-se que uma das grandes funções do *paradigma* consiste em selecionar operações lógicas, ou seja, em dar prioridade a certas categorias e conceitos, disjunções ou conjunções que, por terem sido selecionados, tornam-se principais e evidentes sob o domínio de determinado paradigma e ganham, por isso, validade e universalidade.

O paradigma seleciona, determina e controla: os conceitos, as categorias e a lógica. Ele consiste, assim, em “princípios organizadores do conhecimento” (MORIN, 2011, p. 263; 28). Exerce controle sobre teorias e raciocínios e também sobre a base em que estes são formulados, tendo o domínio dos campos cognitivo, intelectual, cultural e, ainda, epistemológico<sup>8</sup> (MORIN, [1998], p. 267). Esta é uma constatação de importância ímpar para a análise crítica dos modelos jurídico-políticos que se formam em cada modelo social.

Um paradigma ou grande modelo social não é simples e completamente substituído por outro. A passagem de um arquétipo social – com todas as categorias, conceitos e seleções – a outro é gradual e costuma ser denominada de *transição paradigmática*. Esta consiste no período de transformação em que os elementos centrais do paradigma dominante – em determinado momento – começam a ser substituídos

---

<sup>6</sup> Neste trabalho, como diferencial do conceito de paradigma apresentado por Canut (2007, p. 28-29), são trazidos mais detalhes sobre esse termo e, principalmente, sobre suas operações/funções.

<sup>7</sup> A noosfera é o mundo dos mitos e das ideias (MORIN, 2011, p. 102; 139-147).

<sup>8</sup> Para esse autor, são três os níveis deterministas do *imprinting* cognitivo: paradigma, doutrinas e estereótipos (MORIN, 2011, p. 33).

por outros, que se tornam fundamentais diante das seleções que caracterizam o paradigma emergente.

Durante esse processo, as noções principais do antigo modelo perdem a centralidade, mas continuam existindo e atuando na sociedade (DE MASI, 2000, p. 29). Isso significa que um “espaço antropológico” vai se modificando diante da criação de um novo sem que o antecessor seja extinto, sucedido ou superposto. São espaços que coexistem (LÉVY, 2003, p. 130).

Trata-se de fase conturbada, marcada por incertezas, indefinições e, conseqüentemente, por virtualidades, potencialidades. Essa situação ocorre porque os sistemas de ideias estruturados pelo paradigma dominante – já inscritos nas ações, pensamentos e conhecimentos dos seres humanos de determinada sociedade (MORIN, [1998], p. 268) – vão perdendo fundamentalidade frente aos sistemas que são organizados pelo novo paradigma. Surge daí a dificuldade de se (re)enquadrar, ou melhor, de se adequar todo conhecimento, pensamento, orientações e ações já registrados às novas realidades.

Assim, percebe-se que não é por acaso que

[...] a definição da transição paradigmática implica a definição das lutas paradigmáticas, ou seja, das lutas que visam aprofundar a crise do paradigma dominante e acelerar a transição para o paradigma ou paradigmas emergentes. (SANTOS, 2000, p. 19)

Para Morin (2011, p. 283; 285), tal mudança consiste em “revolução paradigmática” que transforma não apenas o modo de pensar, mas também o mundo do pensamento e o mundo pensado, indo contra “enormes evidências, lesa enormes interesses, suscita resistências”.

As transições paradigmáticas não emergem sem causa. Elas são condicionadas pelo *fator tecnológico*<sup>9</sup>, donde se evidencia que cada

---

<sup>9</sup> Destaca-se que, para Morin (2011, p. 63) e para Santos (2000, p. 68), o conhecimento é elemento central na passagem de um modelo social para o outro. O primeiro refere-se às revoluções do pensamento/intelectual, enquanto o segundo fala em revoluções científicas como fator para mudança paradigmática. Para o presente trabalho, conforme já realçado no início, optou-se pela questão tecnológica como fator de tal mudança.

revolução tecnológica<sup>10</sup> condiciona<sup>11</sup> (LÉVY, 1999, p. 25) a mudança de modelo social.

Ribeiro (1998, p. 30; 57-68; 260) destaca a tecnologia como “critério básico de construção” do esquema de evolução sociocultural reconhecendo oito revoluções tecnológicas<sup>12</sup>: 1) agrícola; 2) urbana; 3) de regadio; 4) metalúrgica; 5) pastoril; 6) mercantil; 7) industrial; 8) termonuclear. Essas revoluções se desdobraram em processos civilizatórios por meio dos quais se cristalizaram formações socioculturais<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Atenta-se aqui para as revoluções tecnológicas e não para as revoluções paradigmáticas ou de pensamento mencionadas por Morin (1998, p. 275). No entanto, recorde-se que as primeiras criam as potencialidades das últimas.

<sup>11</sup> As tecnologias têm caráter condicionante, ou seja, elas abrem potencialidades, virtualidades a serem selecionadas e assumidas pela sociedade. Nesse sentido, as técnicas não são boas nem más e muito menos neutras (LÉVY, 1999, p. 25).

<sup>12</sup> Para Lévy (2003, p. 18-26; 1999, p. 22-27), as técnicas têm papel condicionante nos processos de passagem de um espaço antropológico a outro e permitiram a formação dos seguintes espaços: o da terra, o das mercadorias e o do saber. Castells (2007, p. 42; 72) toma a tecnologia como ponto de partida da sua investigação. Centra-se na revolução da tecnologia da informação sem deixar de analisar as duas grandes revoluções tecnológicas industriais. Em outra oportunidade destacou-se que a humanidade passou por duas grandes revoluções tecnológicas responsáveis pela transição de paradigmas: a agrícola e a industrial. E que, desde a segunda metade do século XX, a sociedade vem atravessando um período de transição paradigmática em função de mais uma grande revolução tecnológica: a da tecnologia da informação (CANUT, 2007, p. 30).

<sup>13</sup> O autor organiza um quadro com as revoluções tecnológicas, os processos civilizatórios gerais, as formações socioculturais e os paradigmas históricos. Ali se verificam os seguintes processos civilizatórios gerais, que se desdobraram das revoluções tecnológicas citadas no corpo do texto: 1) revolução agrícola e expansão pastoril; 2) revolução urbana, expansão escravista e 2ª expansão pastoril; 3) revolução de regadio; 4) revolução metalúrgica; 5) revolução pastoril; 6) revolução mercantil e expansão capitalista; 7) revolução industrial e expansão socialista; 8) revolução termonuclear. As formações socioculturais citadas são: aldeias agrícolas indiferenciadas; hordas pastoris nômades; estados rurais artesanais coletivistas; estados rurais artesanais privatistas; chefias pastoris nômades; impérios teocráticos de regadio; impérios mercantis escravistas; impérios despóticos salvacionistas; impérios mercantis salvacionistas; colonialismo escravista; capitalismo mercantil; colonialismo mercantil; colonialismo de povoamento; imperialismo industrial; neocolonialismo; socialismo revolucionário; socialismo evolutivo; nacionalismo modernizador (RIBEIRO, 1998, p. 62).



Parte-se, na esteira de Ribeiro (1998, p. 57), da constatação de que

[...] ao desencadeamento de cada revolução tecnológica, ou à propagação de seus efeitos sobre contextos socioculturais distintos, através dos processos civilizatórios, tende a corresponder à emergência de novas formações socioculturais.

Apesar da importância de análise mais cautelosa acerca de cada um dos paradigmas que se configuraram na história da humanidade, esta tese atém-se àqueles que se formaram diante das virtualidades derivadas, principalmente, das revoluções tecnológicas industriais e da tecnologia da informação<sup>14</sup>, que podem se identificar, de acordo com as delimitações do presente trabalho, com os períodos denominados de modernidade e pós-modernidade<sup>15</sup>, respectivamente.

A tentativa de delimitar cada um desses paradigmas a certo período – indicando, por exemplo, o século em que surgem e aquele em que perdem o domínio – é recurso metodológico do qual se lança mão para explicar as suas características e possibilitar a confrontação entre ambos. Existem muitas divergências teóricas nesse campo. Elas circundam, também, a questão relativa aos acontecimentos que devem ser assinalados.

Não há consenso acerca do início nem do tempo de duração da modernidade. Há quem considere que esta “implica um longo processo histórico, a iniciar-se em meados do século XIII e a desdobrar-se em sua consolidação até o século XVIII” (BITTAR, 2009, p. 42). Bem como existem posicionamentos segundo os quais ela<sup>16</sup> começa a se esboçar no século XV, com a expansão marítima e comercial para a América, e tem seu desenvolvimento desde o século XVI (LÉVY, 2003, p. 23).

Nesse contexto, e sem pretensão de abordar diferentes teorias sobre tal marco, verifica-se que mesmo antes de o capitalismo industrial

---

<sup>14</sup> Na obra *A proteção do consumidor no comércio eletrônico* também não se elaborou análise detalhada de todos os paradigmas ou formações socioculturais assumidos pela sociedade. Analisaram-se, de forma resumida e simplificada, quatro grandes paradigmas que demonstram, de modo mais claro, a capacidade de reordenação da sociedade: o do nomadismo, o agrícola, o industrial e o informacional ou digital (CANUT, 2007, p. 25-76).

<sup>15</sup> A pós-modernidade será analisada no tópico 1.2.

<sup>16</sup> Ressalta-se que Lévy (2003) refere-se ao “espaço das mercadorias” e não, diretamente, à modernidade.

tornar-se dominante, o paradigma moderno já estava se constituindo (SANTOS, 2000, p. 49). Assim, a revolução tecnológica que abriu as primeiras potencialidades para a formação da modernidade foi a mercantil, que viabilizou a superação da etapa de regressão feudal<sup>17</sup>, sendo rapidamente seguida pela revolução industrial (RIBEIRO, 1998, p. 75).

Apesar da importância da revolução mercantil e dos condicionamentos daí advindos para a configuração do grande paradigma moderno, coloca-se em destaque a revolução industrial, tendo em vista que a “sua capacidade de reordenação das sociedades humanas só seria comparável à da Revolução Agrícola”, e alcançaria todas as sociedades, tanto as industrializadas quanto as modernizadas reflexamente (RIBEIRO, 1998, p. 190).

Castells (2007, p. 71; 75) discorre sobre duas revoluções industriais<sup>18</sup> – a primeira, aproximadamente em 1770, e a segunda, aproximadamente cem anos depois<sup>19</sup>. Elas “se disseminaram não só pelo sistema econômico, mas também, em todo o tecido social, já que atuaram no núcleo de todos os processos”, isto é, na energia necessária para produzir, distribuir e comunicar.

Sem pretensão de detalhar as transformações ocorridas no período mercantil nem no industrial, e delimitando a modernidade ao período que vai do século XVI<sup>20</sup> a meados do século XX, passa-se a descrever o modelo de sociedade configurado fundamentando-se nessas mudanças e que

---

<sup>17</sup> Ribeiro (1998, p. 75) não identifica o feudalismo como “uma formação sociocultural, ou como uma etapa da evolução humana, mas como uma regressão provocada pela desintegração do sistema associativo, das instituições políticas centralizadoras e do sistema mercantil de uma antiga área integrada numa civilização, fazendo-a recair numa economia de mera subsistência”.

<sup>18</sup> Para análise mais detalhada da revolução industrial, *vide* Hobsbawm (2007, p. 49-82).

<sup>19</sup> A primeira revolução industrial caracteriza-se “por novas tecnologias como a máquina a vapor, a fiadeira, o processo Cort em metalurgia e, de forma mais geral, a substituição das ferramentas manuais pelas máquinas; a segunda [...] destacou-se pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor e combustão interna, de produtos químicos com base científica, da difusão eficiente de aço e pelo início das tecnologias de comunicação, com a difusão do telégrafo e a invenção do telefone” (CASTELLS, 2007, p. 71).

<sup>20</sup> Barroso (2010, p. 236-237) destaca que “a modernidade, que se inicia no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais integralmente submisso à teologia cristã [...]”.

se denominou *modernidade ocidental*<sup>21</sup>, “paradigma dominante” (SANTOS, 2000, p. 18) ou “o grande paradigma do Ocidente” (MORIN, [1998], p. 270). O arquétipo que formou a base sobre a qual se fundou e se modelou o direto e a política.

Apesar de esse modelo ter se difundido, ele não consiste em “paradigma sócio-cultural global ou universal, mas sim em um paradigma local que se globalizou com êxito, um localismo globalizado” que se caracteriza pela convergência e entrecruzamento com o capitalismo industrial<sup>22</sup> (SANTOS, 2000, p. 18; 49).

Os tempos iniciais da modernidade<sup>23</sup> foram “gestados por um processo crescente de secularização e racionalização, proveniente de fenômenos culturais como o Humanismo do Renascimento e a Reforma Protestante” (WOLKMER, 2008, p. 109).

O paradigma moderno foi se configurando com a convergência dessas e de outras alterações que ainda estariam por vir. As mudanças viabilizadas pela revolução mercantil e, principalmente, pelas revoluções industriais subsequentes proporcionaram o panorama de inovação que foi acompanhado por novas formas de pensamento – e mesmo revoluções epistemológicas –, de organização econômica, política, jurídica e de todos os demais âmbitos da sociedade<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Para Castells (2007, p. 42; 72), a ascensão do “Ocidente” – como realidade que alcança a Inglaterra, alguns países da Europa ocidental, a América do Norte e a Austrália – confirma o caráter revolucionário das tecnologias industriais.

<sup>22</sup> Coloca-se em destaque que a “modernidade não pressupunha o capitalismo como modo de produção próprio. Na verdade, concebido enquanto modo de produção, o socialismo marxista é também, tal como o capitalismo, parte constitutiva da modernidade.” (SANTOS, 2000, p. 49). Importa mencionar a lição de Castells (2007, p. 52-53) sobre os modos de produção. Para ele, “o princípio estrutural de apropriação e controle do excedente caracteriza um modo de produção. No século XX temos, essencialmente, dois modos predominantes de produção: o capitalismo e o estatismo.”.

<sup>23</sup> Para Morin (1998, p. 270), “o grande paradigma do Ocidente” foi formulado por Descartes e disseminou-se pela Europa desde o século XVII. Santos (2000, p. 61) refere-se à sua formação a partir do século XVI, com a revolução científica, e ao seu desenvolvimento no domínio das ciências naturais nos séculos seguintes, tendo alcançado as ciências sociais emergentes apenas no século XIX. Momento em que se admite a referência a um modelo ocidental de racionalidade científica que se opõe a todas as formas de conhecimento não científico. Ambos os autores enfatizam o “conhecimento” na configuração e revolução paradigmática, e não a tecnologia.

<sup>24</sup> Nesse sentido, a afirmação de Hobsbawm (2007, p. 41) de que “A grande *Enciclopédia* de Diderot e d’Alembert não era simplesmente um compên-

No decorrer desse processo, a modernidade, como todo paradigma, foi cumprindo sua função, ou seja, seguiu elegendo as categorias e os elementos principais, fez as operações lógicas e obrou muitas disjunções. Foi simplificadora e reducionista (MORIN, [1998], p. 271-272), sendo construtora extraordinária de mitos (GROSSI, 2007, p. 50).

Por vezes desconsidera-se o outro lado de tais operações de seleção: o processo de marginalização. Ao enfatizar alguns conceitos e categorias e operar as disjunções, outros conceitos e elementos são ignorados. Por isso, Santos afirma que a modernidade não é apenas aquilo que normalmente se define e com base nos elementos centrais eleitos, ou seja, no que foi consagrado no “cânone moderno”. Para ele, a constituição da modernidade “foi, em parte, um processo de marginalização, supressão e subversão de epistemologias, tradições culturais e opções sociais e políticas alternativas em relação às que foram nele incluídas”. Processo esse baseado na racionalidade científica que despreza todo o senso comum (SANTOS, 2000, p. 18; 61-62).

Algumas das categorias gerais e centrais da modernidade ocidental são: laicização, ciência, técnica, racionalidade<sup>25</sup>, ordem, controle, progresso, burocracia, individualismo, humanismo, antropocentrismo, igualdade e liberdade, Estado, soberania, direito, lei, nacionalismo, capitalismo, socialismo, indústria, burguesia, propriedade privada<sup>26</sup>, classe operária, democracia representativa e contrato.

Esses elementos se desenvolveram num contexto social dominado pelo conhecimento científico clássico, que se organiza com base na

do pensamento político e social progressista, mas do progresso científico e tecnológico. Pois, de fato, o ‘iluminismo’, a convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza – de que estava profundamente imbuído o século XVIII – derivou sua força primordialmente do evidente progresso da produção, do comércio e da racionalidade econômica e científica que se acreditava estar associada a ambos”.

<sup>25</sup> Para Capella (2002, p. 96), “a modernidade no plano das idéias, da cultura, se constrói através de dois grandes movimentos: um inicial, o que chamamos ‘o Renascimento’, que se corresponde no plano político, de uma maneira geral, com a constituição dos grandes estados absolutistas [...], e em segundo movimento posterior, mais avançado, que estabelece a hegemonia cultural da burguesia, ao que chamamos ‘a Ilustração’ – centrado no século XVIII, conhecido também como ‘o século das Luzes’”.

<sup>26</sup> “A conformação política da propriedade moderna – como elemento fundamental do paradigma – é obra da Revolução Burguesa de 1789, costurada no *atelier* do constitucionalismo.” (PILATI, 2011, p. 29-30)

“formalização” e na “redução”. Esta “destrói qualquer elo entre entidades separadas pela classificação”, enquanto aquela “desencarna seres e coisas” (MORIN, 2011, p. 84). Tais elementos orientaram-se, então, pelo conhecimento que dá centralidade à matemática, à sua capacidade de medição e que se pauta na redução da complexidade por meio de classificações e divisões (SANTOS, 2000, p. 63).

Nesse contexto a modernidade foi se configurando como paradigma de simplificação, baseado na redução/disjunção<sup>27</sup> (MORIN, 2011, p. 89; 273), e seguiu expandindo a dissociação para todo o contexto social, operando a relação lógica de disjunção entre os principais conceitos. Surgiram daí grandes dicotomias<sup>28</sup>: sujeito x objeto; corpo x alma; espírito x matéria; qualidade x quantidade; finalidade x causalidade; sentimento x razão; liberdade x determinismo; existência x essência (MORIN, 2011, p. 270).

O padrão de ciência que dominava o cenário serviu como base para criação de uma ordem social não só do direito<sup>29</sup> (SANTOS, 2000, p. 54). A ordem emerge como símbolo da racionalidade e dissipa-se pela sociedade, nos mais diversos âmbitos: pela cultura, economia, saber médico, dentre outros. Assim, “o controle (a mecanização robótica da fábrica fordista; o *big brother*; o panóptico; a burocracia) tornar-se-ia um incremento necessário para a arquitetura do poder” (BITTAR, 2009, p. 55; 60).

Na medida em que tudo está fundamentado pelo ideário da utilidade para o bem-estar do homem, a razão se manifesta no Estado burocraticamente organizado, na nação sociologicamente construída, no território geográfico mapeado, na natureza cientificamente controlada, nos procedimentos produtivos fabris controlados pela arquitetura das esteiras de produção e técnicas de mecanização do

---

<sup>27</sup> “Assim, o paradigma da ciência clássica articula-se profundamente no grande paradigma do Ocidente.” (MORIN, 2011, p. 270)

<sup>28</sup> Morin (2011, p. 270), nessa descrição, não utiliza a palavra dicotomia, mas sim “uma dupla visão de mundo”.

<sup>29</sup> “Esta ideia de criar uma ordem social assente na ciência, ou seja, uma ordem social onde as determinações do direito sejam resultado das descobertas científicas sobre o comportamento social, é preponderante no pensamento social dos séculos XVIII e XIX, de Montesquieu a Saint-Simon, de Bentham a Comte, de Beccaria a Lombroso” (SANTOS, 2000, p. 54).

trabalho (cuja maior expressão foi o fordismo), nas doenças remediadas pela medicina, nos corpos perigosos encarcerados pela prisão etc. Aqui se manifesta a verdadeira ideologia da modernidade, [...]. (BITTAR, 2009, p. 55)

O processo de massificação da sociedade – seja nas relações sociais, de trabalho e de consumo, assim como nas relações jurídicas e, portanto, contratuais – também pode ser visto como forma de facilitar o controle, a ordem<sup>30</sup>.

Foi no contexto das transformações até então apresentadas que o paradigma jurídico-político se modelou. Por isso, verificar-se-á que as suas características condizem com as seleções e disjunções operadas pela modernidade e as marginalizações advindas daí. Nesse sentido, na esteira de Bittar (2009, p. 43), considera-se que

[...] o que se quer discutir é exatamente a concepção de que razão, ordem, soberania e Estado não são casualmente termos ligados ao vocabulário moderno. [...] Ora, é impossível pensar o *modus vivendi* moderno, centrado na idéia de sujeito-do-conhecimento, na idéia de cidadania constitucional, de *democracia representativa*, de *direitos humanos*, de *organização estatal-representativa-burocrática das dimensões social e econômica*, e de progresso técnico-científico, sem a recorribilidade necessária aos arcanos do ideário moderno [...]. (grifo nosso)

As condições jurídico-políticas foram se configurando e se modificando à medida que o modelo moderno passou de paradigma emergente para dominante. Nesse processo o direito e o Estado foram se modelando em conformidade com as transformações tecnológicas, econômicas, sociais e culturais. Disso resultou a ausência de configuração única

---

<sup>30</sup> Esta “ordem” ficou muito evidente no “modo de desenvolvimento” da modernidade, ou seja, no industrialismo (CASTELLS, 1999a, p. 32). Isso porque, além das novas tecnologias de produção e mecanização do trabalho, como acima referido, o próprio tempo foi controlado de maneira a respeitar o ritmo das máquinas e passou a ser dividido de forma cronológica, mecânica e uniforme (BELL, 1973, p. 147-148).

para o Estado e para o direito no período em que se convencionou denominar de modernidade, apesar de o grande fundamento de toda esta ordem – a propriedade privada – nunca ter sido alterado.

O desenvolvimento das atividades comerciais, possibilitado pela revolução mercantil e fortalecido pelo renascimento, junto a outros fatores históricos, não se adequava aos moldes sociais, jurídicos e políticos da Idade Média. Eram necessárias novas configurações que corresponderem aos interesses da burguesia emergente, ou seja, que propiciassem e facilitassem a comercialização, completamente desfavorecida no cenário de pluralismo jurídico, de moedas e de impostos que marcou a Idade Média. Precisava-se de novo modelo jurídico-político<sup>31</sup>.

A burguesia mostrou-se partidária dos movimentos de centralização do poder por parte dos reis, tendo em vista que diante dessa alteração seriam possíveis iniciativas favoráveis à unificação de mercados, de moedas, de impostos e, assim, à circulação de bens.

Nesse contexto, no século XVI, em finais da era medieval, começou a se delinear o Estado moderno. Ele assumiu caráter absolutista<sup>32</sup> e se muniu de poder e legitimação divinos. A soberania, “absoluta e indivisível”, surgiu como predicado fundamental do seu poder (BARROSO, 2010, p. 10).

O “Estado”, e as características que o acompanham, consiste em categoria da modernidade desconhecida por modelos sociais anteceden-

---

<sup>31</sup> Para Habermas (1997, p. 131), “além de se adequar às mudanças em outros campos, o jurídico-político também condiciona”. O autor afirma que “na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de *todos* os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração. [...]”. “Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação.” (HABERMAS, 1997, p. 181).

<sup>32</sup> Ao discorrer sobre o absolutismo clássico do antigo regime, Caenegem (2009, p. 119) afirma que “no século XVI, a Europa entrou na era do absolutismo clássico, que na maioria dos países duraria até à segunda metade do século XVIII. O *Fürstenstaat* (Estado do príncipe) do Antigo Regime, que perdurou três séculos, foi caracterizado pelo poder ilimitado dos reis, não coactados pelas leis nacionais e pela soberania dos Estados-Nação, que não se submetiam a qualquer jurisdição supranacional. [...]”. Além disso, “a nível interno, o absolutismo real significava que a vontade do monarca era lei; ele não podia ser limitado pelas leis, pois, caso contrário, limitar-se-ia a si mesmo”.

tes. A utilização dessa palavra como indicação de sociedade política só viria a aparecer no século XVI<sup>33</sup> (DALLARI, 1995, p. 43).

Bobbio (2009, p. 68) dirige alguns questionamentos que seguem no mesmo sentido:

Em outras palavras, o termo ‘Estado’ deveria ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes daquele ordenamento que de fato foi chamado pela primeira vez de ‘Estado’: o nome novo nada mais seria do que o sinal de uma coisa nova. O debate freqüentemente assumiu a forma de uma resposta a perguntas do seguinte gênero: ‘Existiu uma sociedade política passível de ser chamada ‘Estado’ antes dos grandes Estados territoriais com os quais se faz começar a história do Estado moderno?’ Ou então: ‘O adjetivo ‘moderno’ é necessário para diferenciar uma realidade que nasceu com o nome de ‘Estado’ e para a qual portanto qualquer outra especificação é inútil?’ Ou ainda: ‘O que é que o adjetivo ‘moderno’ acrescenta ao significado já rico de ‘Estado’ que já não esteja no substantivo que de fato os antigos não conheciam?’

Destaca-se, ainda, que somente no século XVII, por meio dos tratados de paz de Westfália, a existência dos Estados modernos foi documentada como unidade territorial com poder soberano (DALLARI, 1995, p. 60).

Tal estruturação do poder deu-se acompanhada de desenho jurídico específico, que destacou o protagonismo da lei. Esta com o sentido moderno e estreito de *loy*, ou seja, como disposição geral e rígida da vontade autoritária do soberano, forma pura, “ou seja, um ato sem conteúdo a dar o crisma da legalidade, mas sempre e somente a proveniência do único sujeito soberano. O qual se identifica cada vez mais em um legislador” (GROSSI, 2007, p. 38-39).

O direito passou a se caracterizar, entre o século XVI<sup>34</sup> e XVII, pela intrínseca relação com o poder do Estado e por identificar-se com a

---

<sup>33</sup> O professor Dallari (1995, p. 43-62) aponta que tal afirmação faz parte de uma das correntes teóricas, que, aliás, não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Além disso, o autor refere-se à evolução do Estado, passando pela Antiguidade, pela Idade Média e pela Modernidade.



lei escrita, o que consistiu no recurso ao jurídico para atendimento dos interesses da burguesia (WOLKMER, 2008, p. 109).

Em meio ao cenário de emergência do paradigma jurídico-político moderno – já marcado por processos de secularização, racionalização, individualização e progresso científico – começa a se desenvolver nova teoria jusfilosófica, o *jusnaturalismo*<sup>35</sup>, que aproximou a lei da razão e fundou-se na ideia da validade universal de princípios de justiça (BARROSO, 2010, p. 247).

Apesar de haver diferentes posicionamentos sobre a teoria do direito natural moderno, que se estende do século XVI ao XVIII, podem-se reunir alguns de seus princípios:

- a) fundamentação do Direito na natureza humana;
- b) identificação entre Direito natural e Direito da razão;
- c) existência de direitos naturais inatos, invioláveis e imprescritíveis, que actuam, como princípio e validez do Direito positivo;
- d) possível construção de um sistema completo de Direito natural, mediante o método axiomático-dedutivo;
- e) inovação do estado de natureza como pressuposto racional para explicar a origem do Estado;
- f) adoção do contrato social como instrumento jurídico destinado a constituir o Estado. (LEVAGGI *apud* WOLKMER, 2008, p. 130, 131)

O *jusnaturalismo* serviu como sustentáculo para as revoluções liberais (BARROSO, 2010, p. 248), que se manifestaram primeiramente na Grã-Bretanha do século XVII<sup>36</sup>. Nos séculos XVII e XVIII, ele passa

---

<sup>34</sup> Grossi (2007, p. 43) afirma que “o século XVI é aquele onde o consolidadíssimo poder da monarquia já se traduziu, na França, em Príncipe-legislador, em Príncipe que sacraliza a regra jurídica por ele produzida justo por identificá-la como a própria vontade absoluta e com a expressão do próprio poder. [...]”.

<sup>35</sup> Sua maior representação ocorreu no século XVII, com a Escola Racionalista do Direito Natural (WOLKMER, 2008, p. 129).

<sup>36</sup> A metade do século XVII é marcada, primordialmente, pela revolução inglesa. Nesse sentido, Hobsbawm (2007, p. 43) destaca que, “com exceção da Grã-Bretanha, que fizera sua revolução no século XVII, e alguns Estados menores, as monarquias absolutistas reinavam em todos os Estados em funcionamento no continente europeu; [...] Os monarcas hereditários pela graça de Deus comandavam hierarquias de nobres proprietários,

a se caracterizar por meio de algumas construções teóricas como “estado de natureza”, “contrato social” e “sociedade civil” (WOLKMER, 2008, p. 131). No grande conjunto de ideias desses dois séculos, Grossi (2007, p. 51) faz menção ao “estado de natureza”, ao “contrato social” e refere-se, além disso, à “representação política”, à “vontade geral” e à “igualdade jurídica”.

Frente a essas grandes construções, observa-se que a explicação contratual da sociedade e do Estado não se desconecta do pressuposto do liberalismo: o indivíduo como ponto de partida (ANDRADE, 2009, p. 51).

Embora haja diferenças teóricas entre pensadores jusnaturalistas acerca do *contrato social*, há entre eles a preocupação comum com a transição do *estado de natureza*, da sociedade pré-estatal, para o *estado civil*, ou seja, para a *societas civilis*, aqui entendida como sinônimo de sociedade política, de Estado. “A idéia de um estágio pré-estatal da humanidade inspira-se não tanto na antítese sociedade/Estado quanto na antítese natureza/civilização” (BOBBIO, 1982, p. 26-28; 16). O Estado é, em tal contexto, concebido como a sociedade racional, o produto da razão humana.

As formulações seguintes à *contratualização* passaram a enfatizar a antítese “Sociedade/Estado”<sup>37</sup> que, ao longo da modernidade, seria acompanhada por outra: privado/público. Nesse aspecto destacam-se as formulações jusnaturalistas de Locke, autor que

[...] sintetiza a primeira visão burguesa de sociedade civil, entendendo-a como esfera do privado que se contrapõe à do público, subsumido na sociedade política, ou seja, o Estado. Para o pensador inglês, as duas esferas seguem princípios e normas próprias. A primeira funda-se nas diferenças sociais engendradas no campo econômico pela livre iniciativa e a propriedade privada, cujas garantias fundamentam-se nas liberdades civis negativas cuja afirmação é dever da esfera estatal [...]. (HOROCHOVSKI, 2007, p. 82)

---

apoiados pela organização tradicional e a ortodoxia das igrejas e envolvidos por uma crescente desordem das instituições que nada tinham a recomendá-las exceto um longo passado.”

<sup>37</sup> O surgimento da teoria moderna da sociedade civil só apareceria mais tarde com Hegel (COHEN; ARATO, 1997, p. 91).

O jusnaturalismo forneceu os fundamentos para a instituição da nova ordem em que “o exercício do poder político é colocado nas mãos de um sujeito forte ‘Estado’, porém limitado sempre, seja quem for o detentor”, não podendo interferir nos direitos individuais. Em tal contexto, o Estado é “criação artificial” que surge para institucionalizar e legitimar a propriedade privada que é “natural”. E, sendo assim, não podendo a criatura questionar ou eliminar o seu criador, o modelo instituído pelo contrato social “nunca é questionado como tal, mas as formas” (PILATI, 2011, p. 24; 2008, p. 9), sim. Um quadro que garante a centralidade da propriedade privada no paradigma.

Em tal trajetória, a partir do século XVII, na Europa ocidental, passou-se a tomar o direito como instrumento de oposição ao Estado absolutista. Sua utilização fez-se contra as ações perpetradoras de abusos de poder e a intervenção na vida privada – principalmente daquele indivíduo que atua no mercado e em suas propriedades. Além disso, o direito aparece como “codificador da unidade massificadora de comportamentos sociais, que deveriam se estandardizar em uniformidades favoráveis ao desenvolvimento do controle normalizador” (BITTAR, 2009, p. 64), o que traduz a ideia de controle e ordem já citados.

O cenário político-jurídico da Inglaterra possui peculiaridades que o diferencia em importantes aspectos da trajetória ora citada. Uma delas corresponde ao fato de, na época feudal, em 1215, já ter sido elaborada a Carta Magna – acordo entre o rei João Sem Terra, os bispos e os barões –, que teve papel fundamental no desenvolvimento das liberdades inglesas e no processo de positivação dos direitos fundamentais. A Carta serviu, inclusive, como ponto de partida para outros documentos de destaque no âmbito dos direitos fundamentais como, por exemplo: a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Habeas Corpus*, de 1679. Além disso, o *Bill of Rights*, de 1689, documento elaborado sob a influência da revolução gloriosa de 1688, significou importante ligação entre a Carta Magna do século XIII e as modernas declarações de direitos do homem (LUÑO, 1995, p. 34; CAENEGEM, 2009, p. 145-148).

Com o *Bill of Rights*, de 1689, a monarquia foi preservada, embora com limitações constitucionais, e o poder político foi assumido pelo parlamento oligárquico, composto pela Câmara de Lordes hereditária e pela *assembleia designada por meio de eleições em que o sufrágio era censitário, pautado na propriedade privada*. Esses princípios foram desenvolvidos por meio do costume e não por meio de uma Carta Constitucional escrita, o que configura outra peculiaridade da Inglaterra (CAENEGEM, 2009, p. 153).

Tais mudanças influenciaram a área econômica da Grã-Bretanha no século XVII e refletiram-se nos objetivos da política governamental que, a partir de então, colocava em evidência: o avanço comercial, o avanço da produção e a aceitação do lucro privado, e o desenvolvimento econômico. Fatores que criaram as condições propícias para a Revolução Industrial do século XVIII, que influenciou a economia de todo o mundo no século seguinte (HOBSBAWM, 2007, p. 52; 54-55).

No entanto, apesar da importância de todas as transformações viabilizadas pela revolução tecnológica inglesa, a base política e ideológica que permitiu a sua difusão formou-se essencialmente pela revolução de 1789, a Revolução Francesa (HOBSBAWM, 2007, p. 83). Esta foi fortemente influenciada pelo iluminismo<sup>38</sup>, movimento científico e cultural baseado em ideias de combate a injustiças e desigualdades, que se disseminou por todo o cenário jurídico-político do século XVIII e foi responsável por novos modelos teóricos.

Apesar da centralidade dada aos acontecimentos jurídico-políticos que ocorreram na Europa Ocidental nos períodos selecionados no presente trabalho, deve-se fazer referência à revolução decorrida no continente americano em 1776 e às Constituições de 1787 e de 1791, esta conhecida como *Bill of Rights*. Movimento esse que, apesar de ter ocorrido em terras tão distantes da Europa, desenrolou-se sob contexto em que estavam presentes o sistema jurídico inglês da *common Law* e os ideais iluministas (CAENEGEM, 2009, p. 186) e liberais.

Tais eventos conduziram à estruturação inovadora do Estado e do direito, além de terem influenciado o direito público do continente europeu. Por um lado, a revolução americana significou o repúdio de valores, pilares fundamentais e instituições ocidentais como, por exemplo: a nobreza, a relação entre Estado e igreja, o Estado-Nação unitário, e a sociedade de “ordens”. Por outro, ela deu centralidade à: *república federal*<sup>39</sup> e presidencial, e igualdade jurídica (CAENEGEM, 2009, p. 186-187).

---

<sup>38</sup> Destaca-se que “na história das idéias, pela força e pelo legado do iluminismo, este serviria de norte para as correntes teóricas do liberal-individualismo e do marxismo” (WOLKMER, 2008, p. 152-153).

<sup>39</sup> Baggio (2006, p. 23) descreve as origens do federalismo e afirma que: “O sistema federal criado nos EUA foi algo novo, fato sem precedentes na história mundial. Suas bases teórica e filosófica encontram-se na Europa do século XVIII, mais precisamente aquelas que se consolidam a partir do processo revolucionário ocorrido na França nesse período [...]”. Importante ressaltar que, inicialmente, as colônias se reuniram, em 1781, em Confederação. A disputa entre federalistas e antifederalistas acabou sendo re-

Recorda-se, entretanto, que apesar de inovações rumo à democratização como, por exemplo, a eleição do presidente e dos governadores dos Estados pela população<sup>40</sup>, os ex-súditos britânicos não consideravam haver contradição entre a proclamação da igualdade dos cidadãos e a imposição do voto censitário<sup>41</sup> (CAENEGEM, 2009, p. 206; 209-210).

As colônias americanas não conheceram e não tiveram que lidar diretamente com o absolutismo<sup>42</sup>, ao contrário do continente europeu. Não por acaso, a Revolução Francesa despontou como reação ao panorama formado no início do século XVIII com a consolidação do Estado absolutista<sup>43</sup> (WOLKMER, 2008, p. 149-150) e com as tentativas de modernização das monarquias absolutistas por meio da utilização dos ideais da ilustração, que levou à formação do chamado despotismo esclarecido<sup>44</sup>.

---

solvida com a promulgação do *Bill of Rights* de 1771, que reconheceu o federalismo, o qual acabou delineando-se como um “federalismo dual”, ou seja, no qual os Estados-membros e a União, como esferas de poder autônomas, atuam no mesmo plano territorial (BAGGIO, 2006, p. 22; 34).

<sup>40</sup> O autor cita que “a democracia europeia é muito mais parlamentar e indirecta.” (CAENEGEM, 2009, p. 206).

<sup>41</sup> A igualdade só se tornaria realidade jurídica com a abolição da escravatura em 1865. Somente diante desse quadro o cenário acima descrito alterou-se e houve a introdução do voto universal (CAENEGEM, 2009, p. 210).

<sup>42</sup> Segundo Baggio (2006, p. 29-32), trata-se de fator fundamental para compreender as diferenças entre o liberalismo norte-americano e o liberalismo europeu e a configuração da separação dos poderes nos respectivos continentes.

<sup>43</sup> Consolidado “quer pela origem divina do poder, quer por fundamentos jusfilosóficos, assentados em teses contratualistas e em modelos teóricos racionalistas” (WOLKMER, 2008, p. 149).

<sup>44</sup> Ressalta-se que, diferentemente do absolutismo clássico, descrito páginas atrás, no absolutismo iluminado, “os reis ‘iluminados’ ou ‘esclarecidos’ [...] do século XVIII [...] queriam actuar dentro da lei – pelo menos no seu país – desejavam genuinamente a felicidade dos seus súditos à luz da filosofia racionalista de seu tempo”. No entanto, o “absolutismo iluminado não era menos absolutista do que outros antecedentes mais antigos: o soberano não necessitava do consentimento das pessoas ou classes sociais (ou dos seus representantes nos Estados provinciais ou nacionais) e, embora devesse em princípio respeitar a ordem jurídica, não existia nenhum corpo político ou judicial que se pudesse reunir para o julgar e forçar a obedecer à Constituição. Esta forma de governo era simplesmente a última fase do absolutismo europeu clássico, cujas origens remontam à Idade Média” (CAENEGEM, 2009, p. 159).

Houve a aproximação do iluminismo ao jusnaturalismo<sup>45</sup> tanto no “reformismo político-jurídico moderado incorporado por monarquias absolutistas (Alemanha, Áustria)” como na vertente revolucionária francesa, que resultou nas declarações de direitos do homem<sup>46</sup>. Além da aproximação entre tais teorias, manifestadas em categorias como “a razão” e “o universalismo”, elas apresentam evidentes diferenças metodológicas verificadas: “de um lado, a metafísica racionalista e as deduções formalistas; de outro, a exaltação ao cientificismo experimental” (WOLKMER, 2008, p. 153).

Como movimento contrário ao absolutismo e aos privilégios da nobreza, a Revolução Francesa não pretendia derrubar a monarquia e instaurar um governo democrático. Seu ideal era a monarquia constitucionalista<sup>47</sup> (HOBSBAWM, 2007, p. 91; BARROSO, 2010, p. 27) con-

---

<sup>45</sup> Teoria jusfilosófica acima citada.

<sup>46</sup> Nesse sentido: “Interessa notar, de qualquer forma, que foram esses *philosophes* representantes da cultura iluminista francesa, que, como lembra Eduardo G. Enterria, preparam o terreno para a edificação desses ‘monumentos jurídicos de uma extraordinária significação para todo o mundo ocidental, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1789 [...], até os grandes códigos napoleônicos (particularmente o Código Civil de 1804), cuja influência dominará todo o século XIX.’ Com certeza o ideário iluminista (particularmente o pioneirismo francês) que proclamava fundamentação racional, unidade das fontes nacionais e reformas jurídicas radicais, não só contrapunha-se ao tradicional, disperso e fragmentado *ius commune* do *Ancien Régime*, mas também se inclinava na direção revolucionária de processo jusracionalista de codificação, sendo esta pautada por sistematicidade, integração e praticidade” (WOLKMER, 2008, p. 162).

<sup>47</sup> A história da França pós-revolucionária consiste num período bastante conturbado, cheio de instabilidades. Mesmo com a instauração da República, em 1792, a democracia continuou rechaçada. No entanto, seus ideais estiveram presentes por meio do jacobinismo, que pretendia uma “revolução radical” (HOBSBAWM, 2007, p. 96; 98; 104; 108; 111).

De acordo com Caenegem (2009, p. 140-141): “Apesar de a França ter acabado por se juntar ao campo republicano, hesitou entre diversos regimes durante quase um século. O antigo Regime foi substituído, em 1791, por uma monarquia constitucional, que em breve daria lugar à Primeira República, que terminou, por seu turno, na ditadura militar de Napoleão e no Primeiro Império. A isso seguir-se-ia a Restauração da monarquia, que duraria até 1848. Depois do breve interlúdio da Segunda República, sucedeu uma outra restauração, não da monarquia desta vez, mas do império: o Segundo Império de Napoleão III, que durou de 1852 a 1870. Após a sua queda, na sequência da desastrosa guerra Franco-Prussiana, sobreveio um

figurada como Estado secular, com garantia às liberdades civis e para empresa privada. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição de 1971<sup>48</sup>, daquele país, refletem tais anseios<sup>49</sup> (HOBSBAWM, 2007, p. 91). Com o seu caráter universalista<sup>50</sup> a revolu-

período de hesitação entre realistas e republicanos até que, em 1875, a república ganhou finalmente a partida”.

A França “forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo”, “deu o primeiro grande exemplo, o conceito e vocabulário de nacionalismo” e ainda “forneceu códigos legais, modelo de organização técnica e científica e sistema métrico de medidas para a maioria dos países (HOBSBAWM, 2007, p. 83-84). Pode-se compreender melhor tal período por meio da leitura das obras de Hobsbawm (2007, p. 83-205) – principalmente os capítulos 3 a 7– e de Barroso (2010, p. 23-33) que, de maneira sucinta, faz uma abordagem geral do período.

<sup>48</sup> As primeiras Constituições modernas, tanto a americana quanto a francesa, foram formalizadas “em documentos escritos, aprovados mediante um procedimento formal e solene” (BARROSO, 2010, p. 44).

<sup>49</sup> Não há pretensão de elaborar revisão histórica desse ou de qualquer outro período. Procurou-se mencionar alguns dos fatos mais importantes que tiveram influência na configuração político-jurídica da modernidade, que passa a ser analisada.

<sup>50</sup> Sob esse aspecto, Hobsbawm (2007, p. 86) afirma que “sua influência direta é universal, pois ela forneceu o padrão para todos os movimentos revolucionários subseqüentes, suas lições (interpretadas segundo o gosto de cada um) tendo sido incorporadas ao socialismo e ao comunismo modernos”. O autor continua e assevera que “a Revolução passaria ainda por fases diversas, marcadas pelo radicalismo das facções políticas, no plano interno, e pela hostilidade das monarquias européias, que estiveram em guerra com a França entre 1792 e 1800. A instabilidade política e institucional levou à execução do rei, acusado de traição, e à instauração da República, dando início ao período conhecido como o do governo da *Convenção* (1792-1795). Após a derrocada do *Terror* e de Robespierre, sobreveio o período historicamente conhecido como o do *Diretório* (1795-1799), no qual se procurou, sem sucesso, edificar um republicanismo moderado. A fragilidade política desse governo colegiado e o sucesso militar nas campanhas externas deram ensejo à ascensão do exército e de seus generais. Coube a um deles, Napoleão Bonaparte, deflagrar, em novembro de 1799, o golpe de Estado conhecido como 18 Brumário, marco inicial de uma fase decisiva da história francesa e européia – a era napoleônica –, na qual ele exerceu o poder como cônsul, ditador e imperador, sucessivamente, até que a sorte viesse a faltar-lhe no campo de batalha, em 1814, levando à sua abdicação” (BARROSO, 2010, p. 27).

ção francesa espalhou seus ideais por todo o mundo e modificou toda a estruturação do Estado e da sociedade<sup>51</sup>.

Como resultado da revolução, teve-se a substituição do Estado absolutista pelo Estado limitado por leis, que estipulava a divisão dos poderes e a proteção aos direitos de liberdade e igualdade<sup>52</sup>. Foi o surgimento do *Estado de direito*, que se desenvolveu e se consolidou pela Europa durante o século XIX; modelo estatal que costuma receber várias denominações, como: Estado legislativo de direito (FERRAJOLI, 2003, p. 16), Estado liberal, Estado burguês (BONAVIDES, 2009, p. 39; BITTAR, 2009, p. 81), Estado burguês liberal-democrático (BONAVIDES, 1995, p. 71-72).

Em sentido formal, entende-se por Estado de direito “qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas *formas* e com os procedimentos legalmente estabelecidos”<sup>53</sup> (FERRAJOLI, 2003, p. 13-14, grifo do original). Trata-se do “governo das leis”, refletido nas primeiras Constituições escritas, que

[...] nascem sob o signo da missão histórica extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e as transformando em lei positiva com uma constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios. (BOBBIO, 2009, p. 97)

O constitucionalismo do Estado liberal significou a supremacia da lei e a limitação do poder com base

[...] no pressuposto de que as liberdades individuais tinham origem pré-jurídica e de que o Estado

---

<sup>51</sup> Ressalta-se, como já efetuado no início do trabalho com base em Santos, que “o ponto de observação é o da cultura ocidental e dos valores nela cultivados e desenvolvidos. Deve-se ter em conta, também, que nem todos os Estados percorreram os mesmos caminhos ou se encontraram no mesmo estágio institucional” (BARROSO, 2010, p. 6).

<sup>52</sup> “O célebre artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem*, contida na Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, assim rezava: ‘Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui Constituição’.” (BONAVIDES, 2009, p. 63).

<sup>53</sup> Tradução de: “*cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.*” (FERRAJOLI, 2003, p. 13-14)



apenas podia garanti-las por meios políticos e administrativos, apertadamente definidos, seguros e previsíveis, que competia ao direito constitucional estabelecer. (SANTOS, 2000, p. 146)

O modelo de Estado sob tal configuração cumpriu seu papel primordial de proteger os interesses individuais, de cariz liberal-burguês, por meio de ordenamento “abstrato e metafísico, neutro e abstencionista”<sup>54</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 41-42).

Nessa organização estatal as noções de soberania popular e de representação política tiveram grande desenvolvimento em relação ao período anterior. Contou-se com a limitação da soberania por meio da teoria da divisão de poderes e com sufrágio, ainda que muito limitado nesse período (BONAVIDES, 2009, p. 43-45). Nesse contexto, desenvolveram-se os direitos políticos ao lado dos direitos civis, complementando a primeira geração de direitos fundamentais.

Com Locke e a Revolução Inglesa a soberania foi transferida para o parlamento. No entanto, com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, ela passou a pertencer ao povo (BARROSO, 2010, p. 9-10). A expressão “Estado-Nação liberal” permite a verificação da substituição do sujeito de Direito: do príncipe para a Nação<sup>55</sup> (WOLKMER, 2008, p. 158-160).

O grande referencial teórico da tripartição dos poderes na modernidade foi Montesquieu. Baseando-se nessa doutrina, o pensador construiu também teoria sobre a representação, ou seja, acerca da democracia indireta. Declarando-se adepto à democracia, descreveu a capacidade do

---

<sup>54</sup> O autor deixa claro que tais características estatais devem-se à filosofia política de Kant (BONAVIDES, 2009, p. 41-42). Para Bobbio (2000, p. 130), “a doutrina liberal econômico-política tem como característica uma concepção negativa do Estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, [...]”.

<sup>55</sup> Naquele contexto, “a fonte de toda a soberania, dizia a declaração [Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789], reside essencialmente na nação” (HOBBSAWM, 2007, p. 91). Ao mencionar os ensinamentos de Wolkmer, verificou-se a utilização do termo “Estado-nação liberal”. Em relação a esse termo, ressalta-se a abordagem que Hobsbawm (2007a, p. 125-126) faz ao considerar que, apesar de tal formação ser aspiração da Revolução Francesa, a formação dos Estados-nações marca o cenário internacional no período de 1848 a 1870, tendo como referência a revolução de 1848.

povo em efetuar escolhas. No entanto, ao mesmo tempo destacou a falta de aptidão deste para atividades executivas e administrativas. Por essa incapacidade de governar diretamente, surgiu a necessidade de representantes do povo habilitados a exercer tais atividades (BONAVIDES, 1995, p. 127; 160).

Há contradições entre as propostas de Rousseau e Montesquieu. O primeiro, em seu *Contrato Social*, dirige críticas à representação política ao considerar que o titular da soberania é o conjunto de todos os cidadãos, não podendo ser delegada nem dividida (ABREU, 2007, p. 175). Em Rousseau, democracia “implica a universalização do sufrágio, o que basta para distingui-la radicalmente da versão do liberalismo” (BONAVIDES, 2009, p. 175).

Ao ter acolhido as ideias tanto de Rousseau quanto as de Montesquieu, a teoria constitucional da revolução acabou abrigando uma contradição que sustenta a doutrina liberal-democrática desse modelo de Estado de direito liberal. “A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”<sup>56</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 51-42; 44).

Tais construções colaboraram para a estruturação das novas relações de poder e da representação social. A nação passou a transpor sua

---

<sup>56</sup> Faria (1988) afirma que “é por isso que liberalismo e democracia encontram-se intimamente ligados, um costumando ser considerado pressuposto do outro. O denominador comum entre ambos é a noção de Estado de Direito, fórmula por meio da qual a ordem democrático-liberal articula a conversão dos interesses particulares e contraditórios em ‘interesses gerais’, mediante a aparente conciliação do pluralismo sócio-econômico com a unidade do sistema legal – conciliação essa retoricamente justificada em nome da necessidade de um mínimo de segurança das expectativas obtidas a partir da validade formal de uma Constituição. Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a Constituição nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das relações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa ‘prontidão generalizada’ de todos os cidadãos para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais – ou seja, das prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto”.

vontade geral<sup>57/58</sup> por meio de um órgão político legislativo<sup>59</sup> (WOLKMER, 2008, p. 158-160). O direito refletiu essa transformação e a sua produção ganhou enorme dimensão tendo em vista que ele não só representaria a “vontade geral” da “nação”, mas deveria estar traduzido e identificado em lei produzida pelos órgãos estatais.

Em função da representação do povo, principalmente pelo poder legislativo, foram-se desenvolvendo os primeiros partidos políticos modernos. Nos decênios iniciais do sistema representativo não se tinha boa impressão destes. No período que compreendeu o Estado liberal, algo entre o século XVIII e final do século XIX, teve-se como modelo típico de partido a associação ou a liga de deputados (MOTTA, 2008, p. 14-16).

A ideia de nação – reconhecida pela Declaração de Direitos de 1789 como “a fonte de toda a soberania” –, com a qual “o povo” estaria identificado, consistia em proposta mais revolucionária que a pretensão liberal-burguesa (HOBSBAWM, 2007, p. 9; 92). Isso ficou evidente diante da configuração do Estado representativo<sup>60</sup> desse período, na qual

---

<sup>57</sup> Recorda-se que o debate sobre a vontade geral recebe especial atenção no “Contrato Social de Rousseau”. Nesse sentido, Leal, citando Rousseau, destaca que: “Estritamente relacionado com o conceito de contrato social, está o de vontade geral, que não é a vontade de todos, mas a vontade de cada um. Aquilo que na vontade de todo indivíduo deve coincidir com a vontade dos demais, enquanto membros da sociedade: *há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares.*” (LEAL, 2006, p. 23-24).

<sup>58</sup> Bonavides (2009, p. 67) manifesta-se no seguinte sentido: “Quem participava essencialmente na formação da vontade estatal em face do novo Estado liberal-democrático? A burguesia, sem dúvida, a cuja sombra, em nome do povo, se ocultavam interesses parcelados da classe dominante”.

<sup>59</sup> Apesar do foco na Revolução Francesa, esse cenário marcado pela passagem do poder soberano para o povo também está presente nos EUA, com a Revolução Americana (BARROSO, 2010, p. 10).

<sup>60</sup> “Com o advento do Estado representativo – sob a forma de monarquia primeiro constitucional e depois parlamentar, na Inglaterra após a ‘grande rebelião’, no resto da Europa após a revolução francesa, e sob a forma de república presidencial nos Estados Unidos da América após a revolta das treze colônias contra pátria-mãe –, tem início uma quarta fase de transformação do Estado, que dura até agora. Enquanto na Inglaterra o Estado representativo nasce quase sem solução de continuidade do Estado feudal e do Estado estamental através da guerra civil e a ‘gloriosa revolução’ de 1688, na Europa continental nasce sobre as ruínas do absolutismo monárquico. Tal como o Estado de estamentos, também o Estado representativo

a participação cabia à classe agora dominante. Uma “representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações” (BONAVIDES, 2009, p. 43), baseada na monarquia constitucional com voto censitário<sup>61</sup> (HOBSBAWM, 2007, p. 98) e que permitia à “burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos que ela proclamara” (BONAVIDES, 2009, p. 44).

Nesse cenário, a democracia indireta, o governo representativo e o Estado como instrumento para proteção do *bem comum* formaram a estrutura em que a “engenharia política do individualismo proprietário” assentou-se (PILATI, 2011, p. 31).

Ocorreu, principalmente em virtude da teoria dos direitos naturais manifestada nas Declarações de direitos do homem<sup>62</sup> e, assim, da ideia de “indivíduo singular”, grande inversão histórica segundo a qual o governo passa a ser para o indivíduo, e não o indivíduo para o governo (BOBBIO, 2009, p. 64-65).

Dáí se identifica a formação de mais um dos legados da modernidade: o do individualismo, segundo o qual se tem “o indivíduo como indubitável protagonista”. O indivíduo isolado e que está presente nas Cartas de direitos. “Um indivíduo abstrato, cujo adjetivo é portador perfeito do preciso significado contido na palavra latina *abstratus*, ou seja, *extraído* do seu contexto histórico, isolado da sua carnalidade histórica representada sobretudo pela sua sociabilidade.” (GROSSI, 2007, p. 140, grifo do original). Um quadro em que “a Sociedade, [...], na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos” (BONAVIDES, 2009, p. 40).

Tratou-se de momento em que houve mais do que a identificação do direito com poder<sup>63</sup>. Teve-se a oficialização da “primazia da lei”, um “mito de redução de todo o Direito à lei” (WOLKMER, 2008, p. 158). A grande mística da modernidade, a da “lei enquanto lei”. Um legado das

se afirma, ao menos num primeiro tempo, como o resultado de um compromisso entre o poder dos representantes do povo (por ‘povo’ entendendo-se, ao menos num primeiro tempo, a classe burguesa), cujo princípio de legitimidade é o consenso [...]” (BOBBIO, 2009, p. 117)

<sup>61</sup> Seguindo o mesmo rumo que Inglaterra e Estados Unidos, conforme mencionado linhas atrás.

<sup>62</sup> Bobbio refere-se às declarações americana e francesa. Além disso, ressalta-se que ele aborda esse momento como início da Idade Moderna (2009, p. 64-65), diferentemente da delimitação feita neste trabalho.

<sup>63</sup> Intensifica-se o processo citado páginas atrás, que consiste na identificação do direito com o poder.

monarquias absolutistas recebido e intensificado pela Revolução Francesa<sup>64</sup> (GROSSI, 2007, p. 40).

Desenrolou-se a monopolização da produção jurídica pelo Estado defensor da classe burguesa; manobra feita por meio de uma das grandes seleções paradigmáticas dessa configuração jurídico-política, o “código”. Este foi o grande instrumento utilizado pelo Estado para promover as metas centralizadoras. Expressou-se “em uma língua nacional, culta, literária, que tenta se manter o mais distante possível de todo o tipo de localismos vernáculos, os únicos verdadeiramente agradáveis e compreensíveis à massa popular” (GROSSI, 2007, p. 107).

Todas essas transformações pós-revolução se expandiram e se consolidaram pela Europa durante o século XIX e viabilizaram a solidificação do Estado de direito, do liberalismo e do constitucionalismo (BARROSO, 2010, p. 41; 66) no cenário em que se desenvolviam o nacionalismo, o socialismo, o modelo positivista de ciência<sup>65</sup> e as transformações sociais provenientes da Revolução Industrial (WOLKMER, 2008, p. 188).

Nesse contexto, em que dominavam o capitalismo e a burguesia, ocorreu a “prova real” do paradigma jurídico-político da modernidade (SANTOS, 2000, p. 139). Modelo configurado não somente pelo Estado liberal e por ideais constitucionais transcritos em textos, mas, também, pela codificação, fruto do auge do direito natural (BARROSO, 2010, p. 238).

Com o Código Napoleônico de 1804, reforçam-se no âmbito civil as conquistas já alcançadas com o “novo direito público das Constituições pós-revolucionárias” (BOVANIDES, 1995, p. 72). O Código Civil era o documento que regia as relações privadas, chamado de “Constituição do direito privado”, enquanto a Constituição em si não passava de Carta Política (BARROSO, 2010).

---

<sup>64</sup> Grossi (2007) refere-se ao contexto francês. É importante ressaltar que o cenário jurídico-político da Inglaterra apresenta peculiaridades e é “marcado por uma tradição legal associada a práticas judiciais e parlamentares, em que se minimiza o Direito natural em favor de construções jurídicas emanadas do Direito comum e da vontade o soberano” (WOLKMER, 2008, p. 142).

<sup>65</sup> Trata-se de um modelo “calcado nos parâmetros de experiência, objetividade e universalidade. O positivismo como filosofia geral faz a defesa de um conhecimento científico gerado pelas observações empíricas e pela experiência dos fatos, utilizando-se de metodologia própria das ciências naturais, da matemática e da lógica” (WOLKMER, 2008, p. 188).

Apesar de o movimento de codificação ter representado a maior manifestação da ideologia jusnaturalista, consistiu, também, no momento em que o positivismo jurídico passou a criticar seus ideais e a repeli-los da ordem jurídica.

O positivismo jurídico foi contrário a toda pretensão jusnaturalista de justificar a origem do direito com base em ordem metafísica (WOLKMER, 2008, p. 19; BARROSO, 2010, p. 238), fosse ela a natureza ou a razão humana (WOLKMER, 2008, p. 19).

Como nova teoria jusfilosófica, que se baseava em critérios de objetividade e cientificidade, o positivismo equiparou o Direito à lei<sup>66</sup>, retirou do âmbito jurídico qualquer debate que envolvesse questões filosóficas e temas como legitimidade e justiça (BARROSO, 2010, p. 248), reduziu a complexidade da realidade jurídica à análise de “categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigência”, e explicou a existência do direito com base na sua elaboração e formalização positivista de acordo com uma “administração política burocrática e hierarquizada” (WOLKMER, 2008, p. 191).

Essa teoria teve seu momento de maior destaque já com a codificação Napoleônica e com a *escola da Exegese*, que “expressa todo um legalismo dogmático-dedutivo. Tal espírito proclamava a identificação mecânica do Direito com a lei, reconhecendo como valor máximo o Direito positivo, e a ‘onipotência jurídica’ do legislador”<sup>67</sup> (WOLKMER, 2008, p. 190; 192). Ela alcançou prosperidade a partir de meados do século XIX e passou a ser questionada no período pós-Segunda Guerra Mundial.

Diante desse contexto, o positivismo jurídico garantiu novos contornos à questão da legitimidade que passou a ser simples estado de fato, independente de qualquer relação com o conteúdo ético-valorativo das

---

<sup>66</sup> “A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis.” (LYRA FILHO, 1994, p. 8)

<sup>67</sup> Mais uma vez destaca-se a peculiaridade da Inglaterra. No contexto ora abordado: “Distintamente de um mecanismo legal e dogmático, a resposta do formalismo positivista anglo-saxônico foi a exaltação rigorosa e utilitária da experiência judicial, sem deixar de trazer para a tradição da *common law* a dinâmica interpretativa de processos lógico-analíticos [...]” (WOLKMER, 2008, p. 193).

normas jurídicas. Subtraiu-se a necessidade de justificação ética do poder (BOBBIO, 2009, p. 92).

Apesar de ter se manifestado por diversas vertentes, o positivismo consagrou alguns princípios:

[...] o repúdio a conceitos valorativos (construções metafísicas, racionalistas e jusnaturalistas), a redução da juridicidade à produção estatal (voluntarismo estatista), a exaltação do Direito como construção legal lógico-sistemática (legalismo dogmático) e o rigor metódico enquanto formalismo técnico (formalismo). (WOLKMER, 2008, p. 191-192)

Para Bobbio (1995, p. 131-133), as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser apresentadas em sete pontos: 1) “o direito como fato e não como valor”, o que conduz ao formalismo jurídico como teoria da validade do mesmo, já que para ser válido ele deve tão somente respeitar a sua estrutura formal, não interessando o conteúdo; 2) o caráter coativo do direito; 3) a lei como principal fonte do direito; 4) o caráter imperativo do direito; 5) teoria da coerência e completude do ordenamento jurídico; 6) método de interpretação mecanicista, ou seja, o caráter meramente declarativo da atividade do juiz; 7) teoria da obediência, sobre a qual o autor afirma não ser fácil fazer generalizações.

O direito reduziu-se à ordem estabelecida<sup>68</sup> e aprisionou-se a um conjunto de normas estatais que garantiam sua aplicação por meio de sanções organizadas (LYRA FILHO, 1994, p. 29; 9).

O Código, independentemente de introduzir valores universais, foi “reduzido à voz do soberano, à lei positiva desse ou daquele Estado.” O direito, agora identificado com a lei e com *Código*, garantiu, por meio deste, a tutela estatal e tranquilidade aos proprietários, e conviveu com a lei que rege a autonomia dos indivíduos: o contrato (GROSSI, 2007, p. 95-96; 108).

Não restam dúvidas de que essa nova ordem jurídica e política se organizou para proteger os direitos de primeira geração ou dimensão<sup>69</sup>,

<sup>68</sup> Lyra Filho (1994, p. 29-30), ao discorrer sobre tal redução, está a se referir a qualquer e todo positivismo, seja ele o positivismo legalista, o historicista ou o sociologista.

<sup>69</sup> “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo

classificados por Alexy como direitos de defesa em virtude de eles referirem-se à atuação negativa do Estado e, assim, à proteção do indivíduo contra possíveis ações desse ente. São direitos que marcam, então, onde o Estado não deve intervir<sup>70</sup> (ALEXY, 1997, p. 419; 430). O autor divide os direitos a ações negativas em três grupos:

[...] o primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o estado não afete determinadas *características* ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito. (ALEXY, 1997, grifos do original)

Bonavides (2003, p. 563) tece considerações no mesmo sentido das de Alexy. O autor menciona que tais direitos são de titularidade do indivíduo e oponíveis ao Estado, têm a subjetividade como sua essência, e se manifestam como “faculdades da pessoa”. Características que evidenciam a sua titularidade eminentemente individual.

Os direitos de primeira geração surgem como *liberdades*, como “esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida econômica e social, como na vida pessoal” (ANDRADE, 2009, p. 51).

Tem-se a garantia da liberdade individual em relação ao Estado, a proteção do uso autônomo da propriedade e a não intervenção estatal nas relações interindividuais. A possibilidade de o Estado intervir nessas relações está condicionada à solicitação de assistência por uma das partes quando necessário para defender-se da outra que desrespeite os pactos ou contratos<sup>71</sup> (LOSANO, 2007, p. 59).

---

‘geração’, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 571-572)

<sup>70</sup> No mesmo sentido, Bonavides (2003, p. 563-564) ao afirmar que: “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades pessoais e ostentam uma subjetividade que é seu traço”.

<sup>71</sup> Nesta passagem, o autor menciona que é o direito civil quem fornece tais garantias.



Assim, a esse modelo de Estado cabia criar mecanismos que viabilizassem o cumprimento dos contratos e a limitação da disputa aos litigantes em torno de um direito subjetivo, atribuído por meio da lei formal e abstrata, aprovada por alguns representantes do povo (PILATI, 2011, p. 28).

Se, de um lado, os direitos fundamentais, considerados como liberdades, eram vistos como forma de assegurar, institucionalmente, a não intervenção estatal, por outro, sua caracterização como *liberdades* garantiu que *o seu conteúdo fosse determinado pela vontade do seu titular*, no que se inclui a possibilidade de não exercício (ANDRADE, 2009, p. 51).

No panorama do individualismo as intenções ou propósitos de exercício dos direitos não interessam. Importa, isto sim, a forma de sua regulação. O direito da lei, ostentando completude e perfeição, garantiu ao indivíduo “a plena liberdade de desígnios, em todas as relações possíveis da coisa, atendendo, apenas, às limitações expressas na lei. *O direito diz como fazer mas não o que fazer*”. Assim, não há previsão legal acerca do conteúdo desses direitos. Essa questão diz respeito exclusivamente ao seu titular. O Estado interfere na forma de exercício, mas não na substância (PILATI, 2011, p. 14; 26; 120, grifo nosso).

Não por acaso, a essência da sociedade política dessa época pode ser ilustrada por meio das ideias de liberdade, segurança e propriedade (ANDRADE, 2009, p. 51). Esta última figura nesse cenário não só como simples direito, mas consiste no eixo de orientação para configurar os demais direitos da primeira geração. Trata-se de propriedade precisamente moderna, ou seja, propriedade domínio, estruturada conforme o momento econômico, e não o jurídico. E que reflete no estabelecimento de “*lugares prévios* de pessoas, coisas, fatos e ações, em função da lógica proprietária privada e da apropriação” (PILATI, 2011, p. 27-28, grifo do original).

Daí reforça-se a citação feita anteriormente acerca dos fundamentos jusnaturalistas da criação do Estado como ente artificial voltado para instituição, legitimação e proteção da propriedade privada que, no contexto mencionado, tem caráter natural. Isso porque a propriedade “institucionaliza-se a partir da consagração do Estado como *pessoa* distinta dos cidadãos, sob a roupagem de pessoa jurídica de direito público” (PILATI, 2008, p. 10, do original). Pessoa jurídica que vem legitimar a apropriação por meio de legislação, políticas, financiamentos ou mesmo estatização.

O panorama apresentado demonstra que a lógica proprietária deu as coordenadas para a configuração da ordem jurídico-política moderna. De um lado, ela cobrou a criação do Estado, como pessoa jurídica, e, de outro, foi responsável pelo estabelecimento tanto da titularidade quanto da capacidade de exercício de direitos.

No que diz respeito ao estabelecimento da titularidade, a explicação de Secco (2002, p. 155; 160) serve como exemplo para demonstrar a influência da lógica proprietária. O autor afirma que a titularidade indica a aquisição de um direito. O que, segundo ele, “equivale a dizer-se: possuir o direito como coisa própria, isto é, apropriar-se dele”. Logo depois expõe que essa aquisição não pode ser confundida com o exercício de tais direitos, em que se diferencia capacidade de direito, no primeiro caso, e capacidade de exercício no segundo.

Canotilho (2003, p. 424) esclarece que a titularidade individual significa a aptidão do indivíduo para ser sujeito de direito, ou seja, diz respeito à possibilidade do indivíduo figurar nas relações jurídicas. Assim como Secco, Canotilho destaca que essa aptidão não se confunde com aquela que possibilita ao indivíduo exercer seus direitos, ter capacidade de agir ou, em outros termos, ter “idoneidade [...] para cuidar directamente dos seus próprios direitos e interesses praticando actos jurídicos conexonados com a titularidade de direitos e obrigações”.

Independentemente da existência de condições, em alguns casos<sup>72</sup>, para se alcançar a capacidade de exercício de direitos<sup>73</sup>, essas anotações colocam em destaque que, no modelo jurídico e político mo-

---

<sup>72</sup> Reale (2004, p. 232) exemplifica a situação de limitação da capacidade de exercício: “Costuma-se distinguir entre capacidade de fato e capacidade de direito, referindo-se a primeira às condições materiais do exercício, enquanto que a segunda é concernente à aptidão legal para a prática dos atos. Nem sempre o ser humano está em condições de exercer o que lhe cabe como pessoa. A personalidade sempre é protegida, mas, às vezes, a proteção é feita por outrem. A criança é uma pessoa que o Direito cerca de todo um complexo de garantias, que, pela natureza das coisas, não é confiado a ela mesma, mas a seus pais ou representantes: é o caso típico em que a capacidade de direito não é senão reflexo de uma incapacidade natural de fato.”.

<sup>73</sup> Canotilho (2003, p. 425) destaca que: “Em todos os direitos fundamentais que não impliquem exigência de conhecimento ou tomada de decisão (ex.: direito à vida e integridade, direito à liberdade) o exercício dos direitos fundamentais não está vinculado a qualquer limite de idade, pois a capacidade inclui aqui e pressupõe a capacidade de direitos.”.

dermo, tanto a titularidade dos direitos quanto a capacidade legal para praticar os atos referentes aos mesmos foram conferidas aos indivíduos.

Garantiu-se ampla esfera de liberdade para a prática desses atos. Isso evidencia que a estrutura de exercício de tais direitos não se sujeita a quaisquer procedimentos, autorizações ou participação de outrem. Cabe ao homem, o sujeito de direito, sustentáculo do individualismo jurídico, simplesmente agir (PILATI, 2011, p. 34-35; 44-45).

Essas observações permitem a identificação da figura do *direito subjetivo* que, segundo Andrade (2009, p. 112, grifo do original), de ideia comum, “*implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular*”.

Disseminou-se a figura do indivíduo enquanto sujeito com capacidade de exercício e tutela de direitos individuais. Esta a ser garantida pelo Estado não apenas por meio de legislação e do poder de polícia, mas também, quando provocado pelo indivíduo, pelo sistema judiciário voltado para resolução de conflitos bilaterais, de índole individual.

Lopes (2006a, p. 123-124) explica este esquema de proteção da tradição liberal:

O modelo novecentista pressupunha que a simples existência de regras de justiça *comutativa ou retributiva* levaria a uma sociedade em que se faria, automaticamente, justiça distributiva. *A função essencial do Estado era prover os cidadãos com um serviço de resolução pacífica e não violenta de conflitos individuais.* O Judiciário do Estado liberal, um serviço público, como a polícia ou a força pública: mais solene, mais independente talvez, porém da mesma natureza que uma polícia apartando brigas de vizinhos. (grifo nosso)

Essa configuração firmou-se com base em pressupostos de “abstração e igualdade formal, talvez, as armas mais afiadas da grande batalha burguesa, armas só aparentemente desinteressadas, só aparentemente em benefício e para a proteção de todos” (GROSSI, 2007, p. 106).

Foi, também, sob a diretriz dos interesses individuais que no período pós-revolucionário francês a saúde pública ganhou maior nitidez. Se no renascimento ela se concentrava em questões de higiene com atuação voltada para cuidados com doentes pobres, tanto nos hospitais

quanto em seus domicílios, no Estado liberal altera-se o foco. Com as atenções voltadas para a reprodução do trabalho e para o controle de epidemias – que podiam tanto atingir a classe proprietária quanto lhe trazer prejuízos ao atingir sua mão de obra – a proteção da saúde passa a integrar as atividades do Estado e recebe *status* constitucional. No entanto, as ações do Estado resumiam-se a questões de higiene urbana, de estabelecimento insalubre e de controle sanitário de fronteiras: todas coincidentes com interesses da classe burguesa (DALLARI, 2003, p. 41; 1984, p. 14).

Pilati (2011, p. 27) afirma que se formou um cenário em que “a relação entre homem e coisa, entre natureza e humanidade ou da humanidade consigo mesma, toma – com a Revolução Burguesa – a configuração de Propriedade dominial (objeto das codificações)”<sup>74</sup>. Na esteira do direcionamento de Paolo Grossi, o autor resume bem esse cenário de atuação dos dois grandes sujeitos da modernidade, o Estado e o indivíduo:

Assim, o plano do macrossujeito *manifesta-se como comando, como expressão de superioridade, como poder* que impõe a partir de cima; as fontes *fecham-se numa pirâmide rigidamente hierárquica*<sup>75</sup>, sob férreo monismo, que aprisiona os juristas na exegese e os juízes no silogismo estreito da

---

<sup>74</sup> Quadro que viabilizou a exploração dos proprietários e poderosos sobre os fracos e não proprietários, tendo a liberdade e a autonomia do contrato possibilitado a exploração econômica da mão de obra de forma desumana (BONAVIDES, 2009, p. 59).

<sup>75</sup> Nesse contexto, “o direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária; essa visão, consolidada mesmo recentemente pelo furor da influência Kelsiana, tem um custo que, na nossa opinião, é altíssimo: a perda da dimensão sapiential do direito. Isso porque uma visão desse tipo somente pode se concretizar em um sistema legislativo que tenha apenas uma fonte plenamente expressiva da juridicidade, ou seja, a lei [...]”. “Pode também, ocasionalmente ser redigida por sábios e ter um grande conteúdo sapiential, mas tem a sua força não no conteúdo, e sim no fato de provir do órgão máximo de poder político. Ainda que, depois, venha artificialmente se identificar na assembléia legislativa, o representante único da vontade popular, e na lei, a expressão única a vontade geral, trata-se somente de presunções absolutas e de verdades axiomáticas cunhadas por uma hábil estratégia de política do direito.” (GROSSI, 2007, p. 15).

subsunção. No plano do microssujeito, *o direito se dissocia em múltiplas facetas num feixe de posições rigorosamente individuais*: interesses que se concretizam em faculdades, poderes e direitos subjetivos, que impõem relações interindividuais, anulando completamente a *dimensão coletiva* e minimizando sua dimensão social. (PILATI, 2011, p. 26, grifos do original)

De acordo com tais orientações, o direito – com sua autonomia, carácter científico e estatizado – serviu, além de instrumento estatal para manter a ordem, como elemento de despolitização do próprio Estado, tendo refletido, principalmente, como contribuição para a divisão entre o que é público-estatal e o que é relativo aos cidadãos. E, assim, na divisão entre direito público e direito privado (SANTOS, 2000, p. 119-120; 143).

A dicotomia público/privado<sup>76</sup> foi o ponto de partida da técnica jurídica para a formação e estruturação “departamentalizada do ordenamento em ramos (direito civil, penal, processual, administrativo, constitucional), a qual, pela complexidade, favorece intrinsecamente, a desenvoltura privada” (PILATI, 2011, p. 33).

Nesse quadro, o direito administrativo voltava-se para a organização do

---

<sup>76</sup> Apesar da delimitação feita para o primeiro capítulo à realidade de alguns países ocidentais, ressalta-se que, “na periferia, a distinção clássica entre Estado e sociedade civil – tanto como outras distinções daqui derivadas: direito/sociedade, público/privado, direito/política – costuma ser ainda mais problemática do que nos países centrais e, conseqüentemente, a autonomia do discurso jurídico relativamente a outros discursos sociais e institucionais costuma ser mais precária.” Além disso, o “direito estatal é um instrumento de incidência social mais precário do que costuma ser nos países centrais. Dois factos evidenciam tal precariedade. Por um lado a marcada diferença existente entre o direito escrito (*law-in-books*) e o direito aplicado (*law-in-action*); uma boa parte do direito escrito ou fracassa em termos instrumentais ou é criado com objectivo de cumprir propósitos diferentes daqueles para os quais foi concebido. O segundo facto refere-se ao pluralismo jurídico, isto é, o da existência de múltiplas fontes oficiais e não oficiais de regulamentação, as quais, com frequência, se relacionam em complexas interpenetrações.” (UPRIMY, GARCÍA-VILLEGAS, 2003, p. 254-255).

[...] distanciamento quotidiano dos aparelhos do Estado relativamente aos cidadãos e concentrava-se nos mecanismos que reproduziam esse distanciamento, sobretudo através de uma nítida demarcação dos limites da intervenção do Estado [...]. (SANTOS, 2000, p. 146)

Além disso,

Durante todo o século XIX, ele [o direito administrativo] se constitui com características sempre mais explícitas. Em primeiro lugar, é definido como uma ordenação rigorosa da atividade de governo: [...]. Esta ordenação rigorosa resulta em manter uma diferença cada vez mais clara entre o público e o privado, o espaço da casa e o espaço da rua, ou o espaço da família e o espaço da política [...]. (LOPES, 2006, p. IX, X)

Essas configurações colocam em evidência a raiz da habitual classificação das relações jurídicas em públicas ou privadas. Isso porque tal categorização tem como critério a análise dos sujeitos ou do objeto ou conteúdo da relação jurídica. Nesse sentido, a relação jurídica estaria no âmbito do direito privado se estabelecida entre indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado. E situar-se-ia no domínio do direito público, em regra, se o Estado ou outra pessoa jurídica de direito público estivesse em um ou nos dois polos da relação. Em respeito ao objeto, leva-se em conta o interesse protegido pela norma. Isto é, se ela estiver voltada para a tutela do “bem coletivo”, “bem social”, estaria no seio do direito público. Enquanto a tutela de interesse particular, individual estaria no domínio do direito privado (BARROSO, 2010, p. 54).

Nessa classificação, os bens tutelados foram simplificados em privado e público-estatais, enquanto os bens coletivos ou sociais reduziram-se e incorporaram-se à última categoria. O quadro constituído conformou a “funcionalização do direito de propriedade, [...], dentro dos limites do voluntarismo do Estado e do indivíduo” (PILATI, 2008, p. 9).

As descrições até então elaboradas contemplam características centrais do modelo jurídico-político que dominou o século XX. No entanto, elas não esgotam os elementos da modernidade. Teorias e acontecimentos do século XIX e das primeiras décadas do século XX introduziram novas categorias elementares a esse paradigma.

Uma teoria que se expandiu no século XIX e incluiu categoria central da modernidade foi a desenvolvida por Hegel. Na teoria hegeliana<sup>77</sup> – e mais tarde na de Marx – a expressão “sociedade civil” marca a contraposição entre esferas política e não política, entre aquela das relações sociais diferente daquela das relações políticas. Por tal razão tornou-se mais fácil encontrar sua definição negativa. Ou seja, passou-se a compreendê-la tendo-se por base o que ela não era: “sociedade civil como conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e portanto como tudo aquilo que sobra uma vez bem delimitado o âmbito no qual se exerce o poder estatal”<sup>78</sup> (BOBBIO, 2009, p. 33-34).

No mesmo contexto e referindo-se aos mesmos escritores, Barroso (2010, p. 65) dispõe que a expressão *sociedade civil* serviu para “identificar o conjunto de relações sociais externas às relações de poder e, portanto, fora do espaço público ou político, [...]”.

Dessa forma, ao lado do indivíduo e do Estado – pessoa jurídica separada “do fluidíssimo magma da sociedade” (GROSSI, 2007, p. 59) – surgiu outra categoria fundamental desse paradigma jurídico-político: a sociedade civil. Ela forneceu outra dimensão para a dicotomia Estado x sociedade, e tornou-se a base para discussão de muitas teorias sobre a participação<sup>79</sup>.

O século XIX foi marcado, também, por movimentos que contestaram a ordem vigente. Ora em caráter mais liberal ora em caráter fortemente social. Destacam-se, principalmente, as revoluções dos anos 1830 e 1848<sup>80</sup> e os elementos e novas categorias que delas emergiram.

<sup>77</sup> Interessante notar que na sua teoria, as “corporações” aparecem como “ator” na “sociedade civil”. E nesse sentido, “Hegel usa aqui, certamente, ao falar em ‘corporações’, uma terminologia tomada de empréstimo ao mundo feudal; mas, na verdade, está apontando – já que se refere a um fenômeno que tem lugar na ‘sociedade civil’ moderna, claramente mercantil-capitalista – para um fenômeno de associativismo que iria se generalizar, sobretudo na segunda metade do século XIX, principalmente sob a forma da organização dos trabalhadores em sindicatos” (COUTINHO, 1997, p. 8-9).

<sup>78</sup> Bobbio (2009, p. 34-35) destaca que essa noção apresentada é vaga e que existem diferentes acepções para o termo sociedade civil, “conforme prevaleça a identificação do não-estatal com o pré-estatal, com o anti-estatal ou inclusive com o pós-estatal”.

<sup>79</sup> O tema da Sociedade Civil será retomado no tópico 3.1.

<sup>80</sup> Destaca-se que “qualquer que seja o aspecto da vida social que avaliarmos, 1830 determina um ponto crítico: de todas as datas entre 1789 e 1848, o ano de 1830 foi o mais obviamente notável. Ele aparece com igual proeminência na história da industrialização e da urbanização no continente europeu e nos Estados Unidos, na história das migrações humanas, tanto

Deflagradas em período de rápidas transformações e de inquietações econômicas e sociais, as revoluções de 1830<sup>81</sup> tiveram destaque por terem tornado possível, após 1789, a política e revolução de massa e a identificação do “povo” e dos “trabalhadores pobres” em “classe operária”, surgindo daí a existência de “movimento revolucionário proletário-socialista”. Já a revolução de 1848<sup>82</sup> caracterizou-se como movimento em que os trabalhadores socialistas lutavam não só por melhores condições de vida e de emprego, mas sim pelo novo Estado e pela nova sociedade. Objetivavam a república democrática e social (HOBSBAWM, 2007, p. 162; 165; 420; HOBSBAWM, 2007a, p. 45).

Em relação às exigências relativas a melhores condições de vida, o movimento operário passou a exigir a participação do Estado na prestação de serviços de saúde. Esse fato provocou alteração no quadro formado no contexto pós-revolucionário, mencionado anteriormente (DALLARI, 1984, p. 14). Foi a partir dessa época, da segunda metade do século XIX, que a “higiene se torna um saber social, que envolve a sociedade e faz da saúde pública uma prioridade política”. Daí propagou-se a ideia de prevenção como objetivo tanto político quanto social (DALLARI, 2003, p. 42).

Apesar da brevidade da revolução de 1848 e de ela não ter alcançado o objetivo a que se propôs, a grande inovação consistiu em fazer com que os defensores da ordem social tivessem que lidar com a “política do povo” e, assim, com a instituição do sufrágio universal (HOBSBAWM, 2007a, p. 48-50; BONAVIDES, 2009, p. 43). É esse o cenário da Segunda República Francesa, de 1848 a 1852<sup>83</sup>.

---

sociais quanto geográficas, e ainda na história das artes e da ideologia. E na Grã-Bretanha e na Europa Ocidental em geral, este ano determina o início daquelas décadas de crise no desenvolvimento da sociedade que se concluem com a derrota das revoluções de 1848 e com o gigantesco salto econômico depois em 1851” (HOBSBAWM, 2007, p. 162).

<sup>81</sup> “A revolução de 1830 introduziu constituições moderadamente liberais – antidemocráticas mas também claramente antiaristocráticas – nos principais Estados da Europa Ocidental. Sem dúvida, havia acordos, impostos pelo temor de uma revolução de massa, que iria além das moderadas aspirações da classe média.” (HOBSBAWM, 2007, p. 415)

<sup>82</sup> “A revolução de 1848 na Europa foi a única a afetar tanto as partes ‘desenvolvidas’ quando as atrasadas do continente. Foi, ao mesmo tempo, a mais ampla e a menos bem-sucedida revolução desse tipo. No Breve período de seis meses de sua explosão, sua derrota universal era seguramente previsível; [...]” (HOBSBAWM, 2007a, p. 28-29).

<sup>83</sup> Nesse cenário, “o descontentamento liberal levou à Revolução de Fevereiro de 1848, que facilmente conquistou Paris e conduziu à fuga do rei. A repú-



Além de incluir novas noções no cenário jurídico-político e social, tais contestações assinalaram a corrosão do primeiro modelo de Estado de direito e novo caminho para o desenvolvimento das teorias e das ideias. Avançou-se da liberdade perante o Estado para “a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada [...] para formação da vontade estatal” em um governo de todas as classes e não só da burguesia (BONAVIDES, 2009, p. 43).

Com as lutas sociais e as transformações da democracia representativa em virtude, principalmente, da conquista do sufrágio universal, firmou-se novo sistema partidário.

Em decorrência das reformas democráticas e da expansão da participação popular na política surgiu, na passagem do século XIX para o XX, um novo modelo partidário, o partido de massas, enquanto o modelo anterior configurava-se como um partido de elites. (MOTTA, 2008, p. 15-16)

Para Bobbio (2009, p. 118),

[...] enquanto num sistema político representativo com sufrágio restrito são os indivíduos que elegem um indivíduo (especialmente em eleições realizadas com colégios uninominais) e os partidos se formam no interior do parlamento, no sistema político representativo com sufrágio universal os partidos se formam fora do parlamento e os eleitores escolhem um partido mais que uma pes-

---

blica foi proclamada e formado um governo provisório, composto por republicanos liberais [...], e socialistas [...]. Foi o início de um período breve mas dramático, que iria acabar com a tomada de poder por Napoleão III, o que desapontou amargamente os movimentos republicanos, tanto liberais como socialistas. Os liberais e socialistas no governo provisório tiveram inicialmente uma assinalável convergência de pontos de vista acerca do princípio do sufrágio universal, que em breve seria proclamado. Mas logo se instalou a discordância, em virtude das reivindicações socialistas, tidas pelos liberais como inaceitáveis. A grande diferença em relação à Revolução de Julho de 1830 foi precisamente o impacto de um forte movimento socialista, que seguia as teorias do conde H. de Saint-Simon (m. 1825), P. J. Proudhon (m. 1865) e C. Fourier (m. 1837), e tinha o apoio do proletariado industrial de Paris, um produto do avanço do capitalismo.” (CAENEGEM, 2009, p. 250).

soa (especialmente com o sistema proporcional). Esta alteração no sistema de representação induziu a transformação do Estado de estamentos, os sujeitos políticos relevantes não são mais indivíduos singulares mas grupos organizados, embora organizados não à base de interesses de categoria ou corporativos mas de interesses de classe ou presumidamente gerais.

Nárdiz (2010, p. 109) afirma, ainda, que atualmente não é possível entender a democracia representativa se não estiver presente a noção de partidos políticos. Para ele, se a democracia representativa moderna pode ser definida de alguma forma, seria definida como a “democracia de partidos”.

O significado de “democracia representativa”<sup>84</sup> é simples. Quer dizer, de forma genérica, que as decisões a atingir toda a coletividade não são tomadas de forma direta por aqueles que fazem parte da mesma, mas sim por pessoas que a representam e são eleitas para cumprir essa finalidade (BOBBIO, 2000, p. 56).

Diante desse quadro, a representação atua como o vínculo que viabiliza o relacionamento de duas esferas separadas: o Estado e a sociedade (NÁRDIZ, 2010, p. 50). Da sociedade, como já afirmado, de indivíduos atomizados. Trata-se, enfim, do modelo em que

A separação entre Sociedade e Estado, sob o primado deste sobre aquela, corresponde a outras dicotomias reducionistas da paisagem jurídica: a Sociedade está para o Estado como a Moral está para o Direito, ou o público para o privado. Grossi: A sociedade resta um emaranhado de fatos brutos que não têm sozinhos a força para se tornar direito sem auxílio do micro-sujeito privado no seu âmbito negocial ou do macro-sujeito público no seu âmbito normativo geral. Eis aí o campo do volunta-

84

“Na concepção liberal de democracia, a principal característica é a participação, por meio da representação, no poder político, o que exige o reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade. O desenvolvimento da democracia em regimes representativos ocorreu em duas direções: no alargamento gradual do direito de voto até atingir o sufrágio universal e na multiplicação de órgãos representativos, isto é, dos órgãos compostos de representantes eleitos.” (ESCOREL, 2008, p. 987).

risimo do Estado e do indivíduo, que substituem a dimensão política do coletivo por normas programáticas e por apelos de solidariedade social. (PILATI, 2011, p. 25)

Além das mudanças provenientes dos movimentos operários, em fins do século XIX e início do XX as crises sociais e do próprio capitalismo colocaram em *xequê* o Estado liberal e demonstraram, de vez, a sua insustentabilidade<sup>85</sup>. Tornaram necessária nova configuração estatal para contornar a situação que se apresentava. Desse cenário o Estado passou a se fundamentar em outros princípios e padrões. Reformulou-se com base em impulsos de caráter social<sup>86</sup> que, ao contrário do modelo anterior – abstencionista – exigia-lhe a intervenção na economia e na sociedade para garantir o equilíbrio e a tranquilidade socioeconômicos<sup>87</sup>. Com a nova atividade estatal nasceram, ao lado dos direitos liberais de primeira geração – os civis e políticos –, os direitos de segunda geração: direitos econômicos, sociais<sup>88</sup> e culturais.

A conquista dos direitos de segunda geração exigia atuação positiva do Estado para sua concretização. A sua efetivação depende da

---

<sup>85</sup> Recorde-se, também, que o “progresso do paradigma liberal seria interrompido (mas não detido) pela I Guerra Mundial e pelo seu rescaldo em regimes bolchevistas, fascistas e nazis, que rejeitavam a democracia burguesa” (CAENEGEM, 2009, p. 349).

<sup>86</sup> De acordo com Baggio (2006, p. 41), “o Estado Social, que nos EUA, ficou conhecido como *Welfare State*”, está relacionado com a decadência do chamado federalismo dual e com o início da hegemonia do poder federal diante dos Estados-membros, que inaugura a fase do federalismo cooperativo”.

<sup>87</sup> Caenagem (2009, p. 294-295) afirma que se formava o “presente estado-providência liberal, um produto misto (tal como a economia) de mercado livre e empresas privadas – regulado pela intervenção do Estado e influência dos sindicatos (num equilíbrio incerto e de acordo com as oscilações da política partidária.” E que apesar de as alterações constitucionais terem sido poucas, as “instituições políticas existentes assumiram novos papéis. Era claramente possível alterar um regime político sem alterar a letra da Constituição [...]”.

<sup>88</sup> O autor, baseado em T. H. Marshal, denomina os direitos socioeconômicos de direitos de terceira geração (SANTOS, 2000, p. 149), diferentemente da posição adotada na tese, de classificá-los como direitos de segunda geração.

[...] organização de um sistema estadual, que, especialmente através de leis e de actividades administrativas, deve definir e executar políticas que garantam o gozo efetivo dos bens agora também constitucionalmente protegidos. (ANDRADE, 2002, p. 34)

A atuação positiva do Estado não se identifica apenas com prestações estatais. Isso porque os direitos de segunda geração abrangem mais do que aqueles de cunho prestacional. Eles alcançam as chamadas “liberdades sociais”, dentre as quais se encontram a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como os direitos dos trabalhadores, como férias, repouso semanal remunerado, dentre outros. São liberdades, reforça-se, que necessitam da atuação positiva do Estado. Diante disso, o recurso ao termo “social” justifica-se pelo fato de que os direitos abrigados em tal denominação

[...] podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à [*sic*] reivindicações de classes desfavorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2010, p. 48)

Partindo do reconhecimento da função positiva do Estado, Alexy classificou os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações em sentido estrito<sup>89</sup> (ALEXY, 1997, p. 435-436; 467-468; 482).

Com o crescimento dos fins estatais (BONAVIDES, 2009, p. 72), ou seja, com a transformação de sua unifuncionalidade em multifuncionalidade, tornaram-se necessários elementos objetivos e institucionais para a garantia dos novos direitos e de suas funções. Emergiu, ao lado da dimensão subjetiva, dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>90</sup>,

<sup>89</sup> Posição a qual Sarlet se filia. Ressalta-se que esse tema será analisado com maior vagar no capítulo 2, sobre o direito à saúde no Brasil.

<sup>90</sup> Sarlet destaca que apesar de na Espanha e em Portugal, assim como em outros países, a doutrina acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais já ter tido maior receptividade, no Brasil os estudos sobre ela ainda são tímidos (SARLET, 2003, p. 145).

ligada a questões normativas, valorativas, institucionais e funcionais<sup>91</sup> (BONAVIDES, 1995, p. 366-367). Com esta pretendeu-se superar a visão estritamente subjetiva de tais direitos (BONAVIDES, 2003, p. 616; 622), que foi realçada no modelo de Estado de direito liberal, como já destacado neste título.

Foram criadas instituições, organismos, programas e políticas sociais e econômicas para a realização da dimensão objetiva dos direitos de segunda geração. Desenvolveram-se mecanismos de intervenção estatal que, conforme sua organização e grau de atuação, viabilizaram a formação de determinados tipos de proteção social, legal ou assistencial. Sistemas de proteção instaurados diante da

[...] necessidade de desenvolver tanto formas compensatórias de integração e coesão social quanto mecanismos e instrumentos de reprodução eficaz da força de trabalho necessária à expansão da produção capitalista. (FLEURY; OOVERNEY, 2008, p. 28)

Esse cenário fez com que a teoria dos direitos fundamentais adotasse outra perspectiva. Passou-se da teoria formal dos direitos fundamentais para a teoria material<sup>92</sup> (BONAVIDES, 1995, p. 366).

Diante desse quadro, o direito administrativo alterou-se profundamente, assim como o direito constitucional. O novo modelo de regulação social evidenciou-se, também, na criação de novos ramos do direito que se caracterizaram por combinar elementos de direito público e privado, como o direito econômico, o social e o do trabalho<sup>93</sup> (SANTOS, 2000, p. 149).

Na conformação jurídico-política do Estado Social<sup>94</sup> fizeram-se presentes as conquistas revolucionárias de 1830 e de 1848. A repre-

---

<sup>91</sup> No tópico 1.2 e no capítulo 2 o tema das dimensões dos direitos fundamentais será devidamente abordado.

<sup>92</sup> No título seguinte e no capítulo 2 dedicar-se-á com maior profundidade ao tema dos direitos fundamentais.

<sup>93</sup> Esta menção de Santos refere-se ao contexto do segundo período do capitalismo organizado que, segundo ele, começa em fins do século XIX e atinge seu desenvolvimento máximo no período entre as duas guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra (2000, p. 139).

<sup>94</sup> Não será abordado o Estado socialista. No entanto, foi um modelo proposto no contexto ora descrito.

sentação pressupôs o sufrágio universal e, assim, a participação de todas as *classes*. Um modelo completamente diverso do anterior e que se destacou como fomentador da crise, do fim do sistema representativo clássico e da introdução do princípio democrático contemporâneo (BONAVIDES, 1995, p. 367).

Apesar dessas características gerais do novo modelo de Estado, ressalta-se que desde o seu surgimento até a atual conformação, suas características e elementos foram modificados e, em alguns países, aprimorados<sup>95</sup>. Apontam-se três fases do Estado Social: uma de experimentação<sup>96</sup>, entre os anos 1870 e 1925; uma de consolidação, entre a primeira e a segunda guerra mundiais; outra de expansão, no pós-2ª Guerra Mundial<sup>97</sup> (TOUCHARD *apud* CRUZ, 2007, p. 17-18).

Dentre outros acontecimentos, podem ser incluídas nas fases denominadas de experimentação e consolidação do Estado Social: a Revolução Russa de 1917<sup>98</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 209) e as Constituições sociais do México e de Weimar na Alemanha<sup>99</sup> (BONAVIDES, 1995,

---

<sup>95</sup> Além disso, recorda-se que é uma realidade que não ocorre ao mesmo tempo nos diferentes países europeus. E, mesmo quando da sua manifestação, esta se dá de acordo com as especificidades de cada local.

<sup>96</sup> Fase que abrangeu desde a iniciativa de Bismarck até a República de Weimar (TOUCHARD *apud* CRUZ, 2007, p. 17-18).

<sup>97</sup> A última fase será melhor analisada no tópico 1.2.

<sup>98</sup> Revolução que “opunha-se ao regime burguês do Governo Provisório, considerado demasiado liberal e ocidental e não suficientemente radical nas suas políticas sociais e económicas” (CAENEGEM, 2009, p. 304).

<sup>99</sup> A Constituição de Weimar, “considerada um marco do constitucionalismo social, essa Carta jamais logrou verdadeira efetivação. Sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra imposta pelo Tratado de Versalhes [...]” (BARROSO, 2010, p. 35), que marca o fim da Primeira Guerra Mundial.

“A Assembleia Constituinte reuniu-se em Weimar, considerada mais segura do que a agitada Berlim, e deliberou acerca da Constituição, que foi proclamada a Agosto de 1919. A Alemanha era uma república democrática, constitucional e parlamentar. Era igualmente um Estado federal, apesar do equilíbrio entre os órgãos federais e os dos *Länder* pender claramente a favor dos primeiros.” Apesar de esta Constituição nunca ter sido expressa e legalmente revogada, verifica-se que em 1932, num contexto em que a Alemanha já estava altamente atingida pela grande depressão de 1929, ela já poderia ser considerada “morta” tendo tido “eliminação *de facto*” pelos acontecimentos de 1933 e 1934 (CAENEGEM, 2009, p. 324; 327; 330; 332)

p. 227-228), de 1917 e 1919, respectivamente. Além disso, o Estado Social<sup>100</sup> configurou-se sob a orientação de diferentes regimes políticos, ou seja, foi adotado tanto por democracias quanto por regimes fascistas e nacionais-socialistas<sup>101</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 184).

Antes da República de Weimar a Alemanha já havia se destacado no campo social. Por volta de 1883<sup>102</sup>, com Bismarck<sup>103</sup>, o Estado autoritário assumiu – num período de transição (conservadora) para o capitalismo – a responsabilidade pela segurança social, tendo organizado sistema de proteção que foi denominado de “seguro social” e que tinha o objetivo de promover ações para integração social e para reprodução do trabalho em conformidade com o crescimento do capitalismo. Sistema que se expandiu nas primeiras décadas do século XX “para a maioria dos países europeus em decorrência de movimentos e greves gerais e da

---

<sup>100</sup> Bonavides (1995, p. 228-232) destaca quatro categorias de Estado Social: Estado Social conservador; Estado Social da concretização da igualdade e da justiça social; o Estado Social que transforma o *statu quo* da sociedade capitalista e abre caminho à implantação do socialismo; Estado Social das ditaduras.

<sup>101</sup> Para exemplificar, o autor dispõe que “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram ‘Estados sociais’. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930.” (BONAVIDES, 2009, p. 184). “Estado social foi, por último, na órbita ocidental, a República Federal Alemã, que assim se confessava e proclamava textualmente em sua Constituição, adotada em Bonn, antes da unificação.” (BONAVIDES, 2009, p. 184).

<sup>102</sup> Em 1883 foi aprovada a lei sobre seguros contra doença (1883), em 1884 a lei sobre seguros de acidentes industriais e em 1889 a lei sobre idade e invalidez (CAENEGEM, 2009, p. 275).

<sup>103</sup> “O progresso dos sociais-democratas, num país cada vez mais industrializado, preocupava sobremaneira Bismarck, persuadindo-o a dar início a uma política que mais tarde seria imitada por outros países europeus, *i.e.*, segurança social obrigatória. Via este socialismo de Estado patriarcal como uma feliz via média entre o liberalismo económico ao estilo inglês e o capitalismo de Estado, que destruiria a liberdade empresarial e aboliria a economia de mercado. A segurança social organizada pelo Estado preservava a livre iniciativa empresarial, mas colmatava muita miséria e insegurança da classe trabalhadora, ao mesmo tempo que estreitava a sua união ao império providente e solícito. Esta política mostrou ser, além de mais benévola, mais eficiente do que a proibição prussiana dos sindicatos, [...]” (CAENEGEM, 2009, p. 275)

extensão do direito ao voto depois da Primeira Guerra Mundial” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 116; 118).

Em busca de fins igualitários na Rússia, em 1917, criou-se o *planejamento*, instrumento que permitia a organização da intervenção do Estado para a alocação de recursos e distribuição de bens e serviços sob lógica diferente da de mercado. No entanto, por ter nascido e desenvolvido concretamente no âmbito socialista, o *planejamento* foi confundido pelos países capitalistas, até o início do século XX, com “comunismo”, “falta de liberdade” e “burocratização”. Com a crise capitalista de 1929<sup>104</sup> passou-se a enxergar a intervenção estatal e, assim, o *planejamento* com outros olhos (PAIM, 2008, p. 769). Foi um momento já marcado pela consolidação do Estado Social.

Nessa fase desenvolveram-se, também, as políticas econômicas keynesianas que puseram as bases da transmutação do Estado polícia: “agora o estado, lentamente ao princípio e aceleradamente depois, passará a ser *intervencionista* no plano econômico e *assistencial* no plano social”<sup>105</sup> (CAPELLA, 2002, p. 179).

Nesse quadro começou-se a falar em novo tipo de justiça: a justiça distributiva que, segundo Lopes (2006, p. 125; 132; 134, grifo nosso), diz respeito ao *bem comum* e mais especificamente “à divisão ou *apropriação individual* do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos”. Ele enfatiza que essa justiça se relaciona à “*apropriação individual de recursos comuns*”. Diante do caráter político da justiça distributiva, o autor se preocupa com os conflitos distributivos que, quando levados ao Judiciário, permanecem sendo tratados em conformidade

---

<sup>104</sup> “Sob a administração Roosevelt, os Estados Unidos fizeram frente às consequências da crise iniciada com o *crash* de 29 mediante políticas econômicas keynesianas.” (CAPELLA, 2002, p. 178). As políticas intervencionistas de Roosevelt ficaram conhecidas como *New Deal*. Além disso, cabe ressaltar, ainda, que esse modelo intervencionista colocou em crise a concepção liberal do federalismo dual norte-americano, já citado no corpo do texto da tese, e levou à configuração do federalismo cooperativo em que a cooperação dava-se, principalmente, por meio de ajuda financeira da esfera federal aos Estados-membros a fim de combater a pobreza (BAGGIO, 2006, p. 43-44).

<sup>105</sup> “O *crash* de 1929 devolveu ao primeiro plano os problemas que a Grande Guerra não havia resolvido.” (CAPELLA, 2002, p. 162). “Nos anos trinta os Estados Unidos começaram a aplicar políticas ‘keynesianas’, de intervencionismo estatal na economia, pois o capitalismo privado era incapaz não só de reempreender a expansão senão inclusive de manter a atividade produtiva” (p. 162).



com a estruturação da justiça comutativa-retributiva que se configura, como visto, como tutela de caráter individual-bilateral. Apesar de estes esclarecimentos demonstrarem transformações advindas do Estado Social, percebe-se que mesmo no caráter distributivo permanece a lógica individualista de apropriação.

Foi no contexto de transição do Estado liberal para o Estado Social, especialmente com as constituições sociais, que se desenvolveu nova perspectiva para a saúde, diferente daquela manifestada tanto na fase pós-Revolução Francesa quanto na de reivindicações do movimento operário. Em outras palavras, a saúde passou a ser discutida como direito, como conquista proveniente da transformação do abstencionismo estatal em intervencionismo. Trata-se da realidade na qual a saúde integrou a categoria dos direitos sociais<sup>106</sup> e foi classificada, em função de tal categorização, como direito de segunda geração<sup>107</sup> ao lado dos direitos culturais e econômicos.

No entanto, somente a partir de meados do século XX, por influência dos movimentos de internacionalização dos direitos humanos, que essa caracterização do direito à saúde como direito social se destacou, como se verá no próximo tópico. Isso porque, antes daquele período, as Constituições ainda eram vistas como programas políticos e os direitos sociais não tinham força impositiva.

A intervenção estatal manifestou-se, também, por meio da introdução de “*normas de ordem pública*” que relativizaram o “reino soberano da *autonomia da vontade*” e do direito civil ao instituírem a solidariedade e a função social, tanto do contrato como da propriedade (BARROSO, [s.d.], p. 265, grifos do original).

A partir de então, “passa-se a dizer que a propriedade já não é absoluta como estatuíra o art. 544 do código de Napoleão, pois que o proprietário tem um compromisso com o bem comum”. Muitos países seguiram tal caminho “ainda com um conteúdo indeterminado, a cargo do legislador comum, seja para impor deveres positivos ao proprietário,

---

<sup>106</sup> Esta categoria, na Constituição de 1988, não forma um grupo homogêneo em relação nem ao conteúdo nem à forma de positivação (SARLET, 2010, p. 200).

<sup>107</sup> Piovesan tece críticas à classificação dos direitos em gerações. Considera que o termo *gerações* indica que a geração de um direito é substituída por outra. Por isso, ela fastia a “equivocada visão da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação” (PIOVESAN, 2007, p. 141-142).

seja para orientar políticas públicas condizentes com tal princípio” (PILATI, 2008, p. 2).

Com o Estado e o direito transmutados e, principalmente, diante de novos direitos que conjugam elementos de direito público e de direito privado<sup>108</sup>, afirma-se a atenuação da linha divisória entre Estado e sociedade civil (SANTOS, 2000, p. 149).

Mesmo diante de tantas mudanças, é imprescindível notar-se que a propriedade privada dominial manteve-se como eixo orientador, de pessoas e coisas, que condiciona<sup>109</sup> e consolida a estrutura de organização e reprodução das relações “de Estados e de indivíduos e de Sociedades”. Ela nunca perdeu sua centralidade. E nesse “paradigma da propriedade como valor fundamental [...] cumpre, então, ao jurídico, disciplinar os sujeitos, classificar os bens; conferir a fatos e atos forma e feição, estabelecer estrutura de solução de conflitos individuais” (PILATI, 2011, p. 15; 32).

Observa-se, nesse caso, que a lógica proprietária manteve-se orientando a configuração das relações entre Estado x indivíduo x sociedade durante toda a modernidade. Ela conduziu reduções e disjunções que resultaram nas dicotomias Estado x indivíduo/sociedade de indivíduos – seja esta qualificada apenas como sociedade ou ainda sociedade civil –, público x privado, e na organização de um sistema de democracia representativa e de judiciário de caráter retributivo e bilateral.

Do exposto, nota-se que o modelo jurídico-político moderno não pode ser definido e explicado sem referência a esse papel assumido pela propriedade privada. E não pode, também, ser analisado como um todo homogêneo. Entre as décadas iniciais e os sinais de crise, o Estado e o direito – tal como se pôde analisar – conformaram-se a diferentes modelos e contextos. Verificou-se que o período abrange o surgimento do Estado liberal, sua crise e, ainda, a configuração do modelo de Estado Social quando, finalmente, passa-se a pensar na saúde como direito do cidadão.

Apesar de o Estado ter assumido novas funções em relação à segunda geração de direitos fundamentais e demais exigências de aspecto social, a configuração da ordem jurídico-política, fundada no individualismo proprietário, não sofreu grandes abalos.

---

<sup>108</sup> Conforme já citado acima, “como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito social [...]” (SANTOS, 2000, p. 149).

<sup>109</sup> O autor em referência usa o verbo “determinar”. No entanto, pela justificativa já efetuada neste título, com base nos ensinamentos de Lévy, optou-se pelo uso do verbo “condicionar”.

O papel do Estado na sociedade foi reforçado, mas a estruturação do paradigma jurídico e político continuou a contar com os mesmos dois grandes sujeitos e o voluntarismo de ambos: o Estado e o indivíduo. Aquele com poder de polícia somado, agora, a políticas públicas e este com direitos subjetivos, a serem exercidos de acordo com normas formais, mas cujo conteúdo mantém-se sob a esfera de decisão individual. Panorama em que os bens ainda são ou do indivíduo ou público-estatais, em que a classificação das relações jurídicas continua a se subdividir em públicas ou privadas.

## 1.2 O DIREITO DE TODOS À SAÚDE NA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: O CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO DE SEU RECONHECIMENTO E DIFUSÃO

No tópico anterior verificou-se que um paradigma não é imediatamente substituído por outro. Conforme destacado, entre eles há uma fase de transição, período em que categorias, conceitos e seleções do paradigma dominante perdem centralidade diante dos novos elementos selecionados pelo arquétipo social emergente. Fase de transformação gradual a produzir quadro de incertezas e de crise, já que as ideias que controlavam toda a organização social não conseguem se adequar às novas configurações que começam a se formar.

Nisto consiste a *pós-modernidade*: fase de transição da modernidade para outro tipo de sociedade ainda em formação. Período em que as percepções e o arcabouço teórico daquele momento começam a sofrer erosões (MORIN, [1998], p. 275) de modo a evidenciar a crise e o surgimento de elementos e categorias principais do paradigma emergente.

Esse é o cenário que ainda prevalece nos tempos hodiernos, quadro em que a transição fornece à sociedade caráter “intervalar”, no qual as transformações acarretam não somente novos perigos, riscos e inseguranças em virtude da suspensão das determinantes sociais predominantes, mas também novas oportunidades criativas, de inovação e morais (SANTOS, 2000, p. 41; 186).

O reconhecimento do direito de todos à saúde desenrolou-se e expandiu-se diante desse quadro de mudanças que, como não poderia deixar de ser, afetou toda a ordem jurídico-política. Esta nova ordem, assim como na modernidade, não compreende um todo homogêneo. Por isso, abrange tanto a forma de Estado e de direito democrático e social – que enfatiza e reforça a concretização do direito de todos à saúde – quanto a crise, que se faz acompanhar de reformas do Estado e da Ad-

ministração, movimentos de cariz neoliberal incentivadores das reformas dos Sistemas de Saúde.

Para analisar tais transformações, deve-se ter em mente que o termo *pós-modernidade*, tão utilizado para descrever o cenário atual, remete, em primeiro lugar, à modernidade. Não se identifica com esta nem é contra ela. No entanto, tem-na como referência, sendo necessário a sua compreensão e conhecimento<sup>110</sup> (OLIVO, 2004, p. 18; BITTAR, 2009, p. 162).

Nesses termos fica patente a importância da exposição elaborada no título precedente em torno do panorama geral e político-jurídico da modernidade. De um lado, por ele possibilitar a compreensão do gradual abatimento daquele modelo social, ou seja, de seus valores, princípios, crenças, instituições – dentre outros fatores (BITTAR, 2009, p. 97) – frente às renovações da pós-modernidade. E, de outro lado, e sob olhar mais crítico, por permitir a constatação de que, apesar de todas as transformações do período pós-moderno, não se percebeu, ainda, que algumas de suas categorias e elementos centrais têm sido analisados e organizados com base em conceitos e orientações modernas, como é o caso da dimensão coletiva do direito à saúde a ser examinada com mais detalhes no próximo tópico.

Trata-se, então, da apresentação que procura viabilizar não apenas o exame do direito à saúde nessa fase de transição. Busca-se, particularmente, possibilitar a confrontação entre os dois modelos jurídico-políticos para que, no tópico seguinte, seja viável a abordagem da dimensão coletiva do direito à saúde com base em elementos, categorias e lógica efetivamente pós-modernos. Em outros termos, para que seja possível identificar e afastar as diretrizes modernas que se mantêm, ainda, no controle da organização do exercício e tutela do direito coletivo à saúde.

Utilizar-se-ão diferentes referenciais teóricos para apontar algumas das principais seleções que o novo paradigma vem fazendo<sup>111</sup>. Ou

---

<sup>110</sup> Nesse sentido, a tarefa torna-se ainda mais desafiadora, pois, se a denominação *modernidade* já carrega consigo ambiguidades, a designação *pós-modernidade* teria carga duplicada de ambiguidades (BITTAR, 2009, p. 108).

<sup>111</sup> Fez-se referência a algumas seleções pelo fato de não haver pretensão de abordar todas as características do novo paradigma. Além disso, trata-se de abordagem e delimitação diferentes das efetuadas na obra *A proteção do consumidor no comércio eletrônico* (CANUT, 2007). O que faz com que o

seja, para indicar quais são os elementos e as categorias centrais que vem surgindo em tal contexto.

As revoluções são eleitas por vários autores como fator condicionante da transição paradigmática. Dentre as revoluções citadas estão, por exemplo: a do pensamento (MORIN, [1998], p. 273); a científica (SANTOS, 2000, p. 15); a social (BITTAR, 2009, p. 100-101); a tecnológica (CASTELLS, 1999a, p. 25-58). Na realidade, todas elas estão conectadas e vão se desenvolvendo concomitantemente. Mas cada autor põe em relevo um tipo de revolução, data e evento específicos.

Para Morin ([1998], p. 273; 275; 298), as revoluções paradigmáticas<sup>112</sup> são as de pensamento. Eventos raros que transformam o mundo em que se vive, conforme explicado no tópico anterior. Para ele, a humanidade está a vivenciar tais mudanças diante da já visível introdução de um paradigma de complexidade e de crise<sup>113</sup> do grande paradigma ocidental já que

Por toda a parte, os princípios de disjunção e de redução quebram as totalidades orgânicas e são cegos em relação a uma complexidade cada vez menos escamoteável. [...]. O paradigma da ordem soberana cessou, por toda a parte, de ser operacional, mas a dialógica complexa (de complementaridade, concorrência, antagonismo) entre ordem, desordem e organização não se inscreveu nem se enraizou de modo algum em paradigma. Por toda a parte, vemos que não há mais unidade elementar simples, mas o paradigma reducionista continua a funcionar no vazio como um robô programado há séculos num planeta doravante deserto. [...]. Fala-se de interdisciplinaridade, mas por toda a parte o princípio da disjunção continua a separar às cegas. [...]. Por toda a parte, as visões unidimensionais revelam-se [...]. (MORIN, [1998], p. 294-295)

---

novo paradigma seja analisado com outro enfoque no presente trabalho, apesar de a linha de raciocínio e referenciais teóricos serem mantidos.

<sup>112</sup> “A revolução paradigmática permitiria conceber uma transparadigmatologia (Maruyama), isto é, uma possibilidade de comunicações e de diálogo, até então radicalmente impossível entre as concepções de mundo.” (MORIN, 1998, p. 297)

<sup>113</sup> Nesse sentido, para De Masi (2000, p. 27-28), a “Crise do Ocidente” é, na verdade, “crise de modelos interpretativos”.

Apesar da relevância da revolução tecnológica como fator condicionante da transição paradigmática e do exame dos demais autores em torno das revoluções por eles eleitas, é essa perspectiva desenvolvida por Morin que permitirá o exame oportuno da dimensão coletiva do direito à saúde no tópico seguinte.

Independente de delimitação exata da fase de configuração da pós-modernidade, seja com a criação da ONU após a Segunda Grande Guerra Mundial, seja após os anos 50, após o movimento social de 1968, ou de qualquer outro fato/motivo selecionado para marcar o início da transição, está clara a formação de novo paradigma e a falência do moderno<sup>114</sup> (BITTAR, 2009, p. 25).

Não há, pois, consenso acerca do fator condicionante da transição nem do momento de surgimento do novo paradigma. Falta de concordância que alcança, também, a utilização do termo *pós-modernidade*<sup>115</sup>. Apesar disso, esta expressão<sup>116</sup> foi acolhida contemporaneamente no âmbito filosófico – por meio de autores como Lyotard, Habermas e Beck –, no sociológico – com Boaventura de Sousa Santos e Bauman – e acabou por integrar a linguagem corrente (BITTAR, 2009, p. 105).

Para Santos (2000, p. 74; 49), com a expressão *pós-modernidade* popularizou-se termo inadequado o qual manteve, no entanto, a autenti-

---

<sup>114</sup> “Importa pensar que os sinais da falência do pensamento ocidental, bem como o projeto da modernidade, começam a se espalhar desde o final do século XIX, com Nietzsche, estendendo-se por todo o século XX.” (BITTAR, 2009, p. 25)

Sobre a importância de Nietzsche nesse processo, *vide* asseveração de José Isaac Pilati, ao discorrer sobre o objetivo de sua obra: “procura-se resgatar as instituições políticas e jurídicas para enfrentar os conflitos da Pós-Modernidade; mas partindo de Roma, como Nietzsche o fez no plano filosófico, partindo da Antiguidade (grega). Ora, Nietzsche coloca no mesmo cesto de niilismo decadente a Modernidade e o socialismo. Nietzsche preocupou-se com a transvaloração de todos os valores; e este livro, com o resgate dos interesses coletivos no plano jurídico e político. [...]” (PILATI, 2011, p. 18).

<sup>115</sup> “Como todos os demais que, pioneiramente, se utilizaram da palavra ‘pós-modernidade’, Lyotard pode ser identificado como um de seus precursores.” (BITTAR, 2009, p. 126).

<sup>116</sup> “Como se viu, a onda de tendências e teorias pós-modernas vem sendo preparada e gestada desde o pensamento de Nietzsche, e torna-se inegável que o pensamento filosófico do século XX faz-se uma torrente favorável à constituição de uma crítica profunda ao racionalismo do iluminismo.” (BITTAR, 2009, p. 125-126)

cidade na inadequação, já que era impossível dar nome exato à situação emergente e que só poderia ser obtido por especulação frente ao caráter de incertezas da transição.

Apesar da popularização e utilização cotidiana, trata-se de expressão polissêmica que, por um lado, não é capaz de gerar consensos e, por outro, ou tem uso contestado ou associado a visões e concepções discordantes<sup>117</sup> (BITTAR, 2009, p. 104).

Tantas diferenças entre teorias e projetos exigem cuidado redobrado para a abordagem da pós-modernidade. Torna-se necessário evidenciar os referenciais teóricos e as delimitações do tema. Por essa razão, reforça-se a demarcação já efetuada no tópico anterior acerca das revoluções tecnológicas como fator condicionante das transições paradigmáticas<sup>118</sup>. O que permitirá a indicação do período<sup>119</sup> que corresponda ao surgimento do novo paradigma e o uso de denominação um pouco mais precisa que *pós-modernidade*<sup>120</sup>.

A partir dessas limitações será possível descrever as características mais importantes, sob análise geral, da pós-modernidade. Serão observados, particularmente, cinco grandes temas que influenciam as mudanças no período e que estão, de uma forma ou de outra, conectados: a) tecnologia da informação e comunicação/conhecimento; b) laço social/questões relacionais; c) nova abordagem da propriedade; d) globalização; e) ciência moderna x pluralismo. Com base nesse exame, será possível identificar, de um lado, quais são as categorias e elementos que passam a se destacar no novo paradigma e, de outro, o contexto em que o modelo jurídico-político está sendo construído.

---

<sup>117</sup> Para o autor em referência, “o curioso é perceber que é esta já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos” (BITTAR, 2009, p. 105).

<sup>118</sup> Conforme já explicado no tópico anterior com base na obra de Ribeiro.

<sup>119</sup> Bittar (2009, p. 105-106) ressalta que, “aceitando mesmo os riscos inerentes ao uso e emprego da expressão pós-modernidade, entende-se interessante a identificação deste processo de ruptura como modo de se diferenciar e de designar com clareza o período de transição irrompido no final do século XX, que tem como traço principal a superação dos paradigmas erigidos ao longo da modernidade. A pós-modernidade tem, pois, a ver com a crise de modernidade e com a necessidade de revisão da modernidade. Trata-se da chamada transição paradigmática, a que se refere Boaventura de Sousa Santos”.

<sup>120</sup> Para a delimitação da tese, as obras de dois autores se destacam: de Manuel Castells e de Pierre Lévy.

Assim como foram listados alguns dos principais elementos/categorias e disjunções selecionados pelo paradigma moderno, pretende-se, nesta parte do trabalho, após traçar este esboço geral, referenciar algumas categorias, conceitos que ganharam e vêm ganhando centralidade diante das operações lógicas que esse modelo emergente vem realizando<sup>121</sup>.

Os marcos iniciais de mais uma revolução tecnológica, a da tecnologia da informação, que condicionou a atual transição paradigmática, encontram-se nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial<sup>122</sup>. Mas foi a partir da década de 70, diante da convergência e difusão das novas tecnologias da informação – domínio no qual se encontra a engenharia genética<sup>123</sup> – que se começou a falar em novo paradigma<sup>124</sup>: o informacional, sociedade em rede (CASTELLS, 1999a, p. 25-58; 35; 46; 78), paradigma virtual ou, ainda, digital. A partir dessa constatação, delimita-se, para a presente análise, a pós-modernidade ao período que compreende os anos seguintes à Segunda Guerra Mundial até os dias atuais.

---

<sup>121</sup> Descrever o novo paradigma não é tarefa fácil. Nesse sentido, Bittar (2009, p. 147) chama a atenção para a dificuldade de, em primeiro lugar, listarem-se os valores modernos e, em segundo momento, apontar como eles mudam.

<sup>122</sup> Para breve análise de tais marcos, *vide Proteção do consumidor no comércio eletrônico*: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional (CANUT, 2007, p. 40-42).

<sup>123</sup> Realidade que impõe muitos desafios no âmbito jurídico e que não passou despercebida na análise de Santos, como citado em nota anteriormente. Além disso, sobre o tema, cabe ressaltar discussão apontada por Faria e Cordeiro (2005, p. 1-2) que está conectada com a própria dicotomia entre propriedade pública x privada, tema fundamental para a presente tese. Os autores observam que “simultaneamente, e à medida que o conhecimento do nosso material genético e de como este se organiza e traduz em biologia, origina novos paradigmas científico-tecnológicos, enormes desafios se colocam ao nível da regulação, uma vez que o conhecimento gera novas oportunidades sociais e, conseqüentemente, o surgir de práticas e realidades que carecem de um correspondente enquadramento normativo”. Tendo em vista essa realidade, eles buscam dar resposta à questão de, à luz do direito, saber se o genoma há de ser considerado bem público ou bem privado.

<sup>124</sup> Além disso, outros referenciais teóricos serão fundamentais para discorrer sobre tais mudanças no âmbito do Estado e do Direito. Dessa forma, obras de Boaventura de Sousa Santos, Eduardo Bittar, dentre outros, serão fundamentais para este momento. Já delimitado ao campo jurídico-político, ressalta-se, como efetuado logo acima que, também nesse âmbito, não se tratam de teorias que seguem a mesma linha ou que sejam hegemônicas.



Há diferentes abordagens para descrever o novo paradigma. Castells (1999a, p. 46; 35; 78) o aborda como “Sociedade informacional” ou “Sociedade em rede”. Pierre Lévy (2003, p. 120-123; 205-212), apesar de não utilizar o termo paradigma, o analisa sob a perspectiva de novo espaço antropológico, o espaço do saber. Enquanto Santos (2000, p. 74; 196; 16) o examina sob a denominação de “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”.

Apesar da diferença entre as teorias desses autores, destacam-se ao menos dois pontos em comum entre elas: o primeiro decorrente da ênfase que fornecem às relações sociais, seja sob a denominação de laço relacional (LÉVY, 2003, p. 41), de novas formas de sociabilidade (SANTOS, 2000, p. 168) ou de identidades (CASTELLS, 1999b, p. 419-424). O segundo, proveniente da atenção que as três teorias dispensam às potencialidades das tecnologias da informação e comunicação para as relações sociais e, assim, para a manifestação de novos atores num contexto em que a participação e, especialmente, a participação direta ganham relevo.

Essas configurações vão se moldando num cenário de “planetarização notável” a partir da última década do século XX, diante do esgotamento da bipolaridade da política mundial, da deflagração do ciberespaço e da aceleração da globalização econômica. Vão se conformando a paisagem marcada pelo enorme desenvolvimento do comércio internacional, pela tendência de não intervenção estatal, de privatização e fim de monopólios nacionais, na qual os Estados perdem o controle sobre o funcionamento das grandes empresas mundiais – cada vez mais formadas por meio de fusões e aquisições – e sobre o próprio capital, que agora circula pelo mundo em meio ao fortalecimento da integração financeira internacional (LÉVY, 2003, p. 24-25).

Nesse cenário ocorre a transformação e/ou deslocamento de categorias centrais da modernidade. É o que ocorre com a propriedade, categoria fundamental da modernidade que perde centralidade *como fator de riqueza*, sob diferentes aspectos – terra e meios de produção. Sem dúvida alguma, no modelo de sociedade emergente, a informação e o conhecimento tornam-se as principais fontes de riqueza e, assim, o patrimônio de maior importância nesse período histórico<sup>125</sup>.

A análise de José Isaac Pilati sobre a propriedade na pós-modernidade é mais profunda. O autor afirma que a estruturação do capitalismo que enfatiza a informação, os serviços e o setor financeiro

---

<sup>125</sup> Conforme já referenciado em outra obra (CANUT, 2007, p. 45).

“coloca em crise a propriedade como sistema e como ordem jurídica: [...]”<sup>126</sup> e acarreta, assim, mudança fundamental na propriedade dominial, *categoria central da modernidade e eixo estruturante da direção e coordenação dos relacionamentos de Estados, sociedades e indivíduos* (PILATI, 2011, p. 40; 15, grifo nosso), conforme analisado no título precedente.

Diante de tais transformações paradigmáticas a propriedade vai assumindo novos conceitos e, principalmente, novas funções<sup>127</sup>. Nesse sentido, um novo conceito a ser destacado na pós-modernidade, e especialmente no presente trabalho, é o de “propriedade coletiva extrapatrimonial”<sup>128</sup>, no qual o direito coletivo à saúde se enquadra (PILATI, 2011, p. 40).

Outro ponto fundamental a ser destacado frente ao quadro de mudanças apresentado diz respeito à inadequação da ciência moderna para lidar com as novas realidades. Aquele modelo de ciência que – pautado em critérios científicos, reducionistas e simplificadores – foi a base para a criação da ordem social e do controle na modernidade, e que influenciou a configuração da cultura, da economia, do Estado, do direito, da medicina, do ensino, dos diferentes saberes, e na criação de diferentes formas de controle como, por exemplo, o padrão da cultura ocidental – superior –, a burocracia, o monismo jurídico, as prisões<sup>129</sup>, os métodos de ensino, a medicina flexneriana<sup>130</sup> e a vigilância estatal – o modelo do *Big Brother* – já não orientam mais.

---

<sup>126</sup> Para o autor isso ocorre porque “relaxa na proteção do mérito proprietário, ao mesmo tempo em que é conivente com a especulação e a acumulação sem freios, e oferece uma falsa segurança jurídica aos interesses coletivos” (PILATI, 2011, p. 40).

<sup>127</sup> Luño (2003, p. 421) também se ocupa com essa problemática e afirma que: “*La propiedad constituye una pieza clave para la organización de las relaciones sociales. [...] En nuestro siglo, y particularmente en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el problema de la propiedad ha pasado a integrar una de las materias constitutivas del orden económico-jurídico, configuradoras de la denominada ‘Constitución económica’ [...]*”.

<sup>128</sup> Conceito que será apresentado com mais vagar no próximo tópico.

<sup>129</sup> Procurou-se, aqui, traçar paralelo com o que foi descrito no tópico anterior, em que há menção a um texto de Eduardo Bittar (2009, p. 55).

<sup>130</sup> No campo médico a ciência moderna, compartimentalizada, também mostra seus limites. Do controle por especialidades, de perspectiva flexneriana, começa-se a exigir novo modelo médico. Garrafa (1995, p. 48-49) tece algumas considerações acerca das teorias flexnerianas e das recomenda-

Com a transição paradigmática valoriza-se o multiculturalismo e constata-se a existência de conhecimentos e outras ciências não ocidentais, as quais se validam por métodos que não os científicos e modernos<sup>131</sup>. Isso torna evidente o universalismo da ciência moderna<sup>132</sup> nunca ter passado de particularismo ocidental. Este, no entanto, caracterizado pela capacidade de definir todos os conhecimentos rivais como locais, contextuais, particulares e situacionais (SANTOS, 2003, p. 12).

Essas considerações não indicam que a ciência moderna tenha perdido importância e que a ela não se recorrerá a partir de então. Ao contrário, ela foi fundamental naquele momento e continua sendo. No entanto, agora assume nova perspectiva já que deixa de ser sustentáculo de todos os outros setores e saberes da sociedade e necessita se adequar – mantendo suas grandes características – às configurações, elementos e valores que emergem no paradigma digital ou pós-moderno.

Diante desse cenário verifica-se o surgimento de novas categorias paradigmáticas e que

[...] a pós-modernidade nasce ambientada num contexto em que a sociedade se prepara para superar os arquétipos advindos do modelo industrialista de vida (fordismo-keynesianismo). Concorrência, horas de trabalho, centros urbanos, massificação e consumo, relações de exploração humana, problemas sociais, falta de orçamento público, crise

---

ções do relatório Flexner em 1910. O autor destaca, dentre as principais recomendações desse relatório, a ênfase na prática hospitalar e o estímulo à especialização médica. Do que resultou a aceitação da fragmentação do estudo do homem dividindo-o em partes isoladas. Apesar de esse modelo ter trazido benefícios, “os novos núcleos de conhecimento científico tornaram-se proporcionalmente tão reduzidos (no seu conteúdo e campo operacional) quanto associiais (no que se refere à equidade), pelo distanciamento crescente do objeto clínico com relação à unidade social do homem na sua totalidade.” Quadro nada favorável à saúde pública que, pelo seu enfoque coletivo, é complexa e global.

<sup>131</sup> Para Santos (2003, p. 15), é justamente da renovação científica que se torna possível reinventar a emancipação social.

<sup>132</sup> Há de recordar, também, que “a ciência moderna foi muito mais eficaz em ampliar a capacidade de ação humana do que em ampliar a capacidade de controlar as consequências da ação humana. Por essa razão as consequências da ação científica tendem a ser menos científicas que as ações que as causaram.” (SANTOS, 2003, p. 12-13).

de representatividade, [...] são fatores talvez não previstos, ou não calculados, que começam a assinalar a desordem e o caos do final de século, e que irrompem desafiando o nascente século XXI. (BITTAR, 2009, p. 174)

Apesar das diferenças nas abordagens dos autores ora mencionados sobre a pós-modernidade, constata-se que eles acabam se referindo ao mesmo – ou aproximado – período e, por vezes, às mesmas transformações. Mas cada um sob linguagem e perspectiva próprias e com destaque para elementos específicos.

Tendo em vista o objetivo que direcionou a elaboração das considerações tecidas até aqui, em esforço exemplificativo e orientado pelas delimitações feitas no presente tópico, podem ser citadas como categorias centrais da pós-modernidade: tecnologias da informação e da comunicação, informação, relações sociais, globalização, neoliberalismo, privatização, não intervenção, multiculturalismo, pluralismo, democracia participativa, participação, transfronteirismo, propriedades especiais, *nova* sociedade civil, movimentos sociais, e público não estatal.

A centralidade de tais categorias no âmbito do novo paradigma afeta todas as áreas da sociedade. Nesse sentido, da mesma forma que as seleções, operações lógicas, disjunções e marginalizações do paradigma moderno condicionaram o modelo jurídico-político daquela fase<sup>133</sup>, as seleções do paradigma pós-moderno influenciam e condicionam o arquétipo jurídico-político do novo modelo social. Além disso, justamente por marcarem um período de transição, formam o contexto de crise do modelo moderno de Estado e de direito.

Dando início às análises acerca das alterações no quadro jurídico e político, destaca-se que uma das grandes transformações diz respeito à própria configuração e crise do que se denominou *Estado soberano*. A crise não significa o fim do Estado. Isso já se tornou claro nos dias atuais. Mas indica a necessidade de (re)visão do seu papel.

Já se destacou que o modelo social pós-moderno – da sociedade digital ou da informação – vai moldando-se num cenário de notável globalização, neoliberalismo e de desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação. Três fatores que influenciam profundamente a crise e reestruturação do arquétipo do Estado moderno.

---

<sup>133</sup> Conforme citado no tópico anterior.

Trata-se, ainda, de contexto em que ocorre tanto a expansão do modelo de Estado Social, sob a forma de Estado Democrático de Direito, quanto o seu questionamento<sup>134</sup>. As observações de Castells são evidentes a respeito deste último aspecto:

[...] às portas da Era da informação, *uma crise de legitimidade tem esvaziado de sentido e de função as instituições da era industrial. Sobrepujado pelas redes globais de riqueza, poder e informação, o Estado-Nação moderno vem perdendo boa parte de sua soberania. Ao tentar intervir estrategicamente nesse cenário global, o Estado perde sua capacidade de representar suas bases políticas estabelecidas no território.* Em um mundo regido pelo multilateralismo, a divisão entre Estados e nações, entre a política de representação e a política de intervenção, *desorganiza a unidade de medida política sobre a qual a democracia liberal foi construída e passou a ser exercida nos últimos dois séculos.* A privatização de empresas públicas e a *queda do estado do bem-estar social*, embora tenha aliviado as sociedades de parte de seu fardo burocrático, faz piorar as condições de vida da maioria dos cidadãos, rompe o contrato social histórico entre capital, trabalho e Estado, e *usurpa grande parte da rede de seguridade social*, viga mestra da legitimidade do governo na visão de pessoas comuns. (1999b, p. 417, grifo nosso)<sup>135</sup>

Desse quadro constata-se que o compartilhamento do poder soberano estatal, o resgate da legitimidade do Estado (e do direito), a privatização, a ruína do Estado Social e a apropriação de questões de seguridade social pelo setor privado, são alguns dos desafios que se colocam para a reestruturação do Estado na pós-modernidade.

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, Canotilho (2008b, p. 136), ao discorrer sobre o constitucionalismo global, questiona: “o Estado de direito democrático e constitucional –, com o seu núcleo normativo de direitos fundamentais, será, hoje, apenas uma recordação da ‘filosofia especulativa’, ou continuará sendo, nos duros *contextos e policontextos* sociais económicos, nacionais e supra-nacionais, uma *razoável expressão da filosofia prática*?”

<sup>135</sup> Citação já utilizada em outra oportunidade para discorrer sobre a intervenção estatal e a proteção do consumidor no paradigma digital (CANUT, 2011, p. 144-145).

No que diz respeito à soberania estatal cabe, inicialmente, destacar que suas características modernas foram profundamente alteradas com a internacionalização dos direitos humanos, já que o reconhecimento de tais direitos levou à limitação/relativização do poder estatal e, consequentemente, a nova configuração do direito internacional tradicional<sup>136</sup>. Outra novidade daí advinda consistiu no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito no âmbito internacional (PIOVESAN, 2007, p. 111-112; 114; 119).

Essa nova realidade, que tem os precedentes no pós-Primeira Guerra Mundial, com a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho – OIT, consolida-se logo após a Segunda Guerra<sup>137</sup>, tendo como grandes marcos a criação da Organização das Nações Unidas – ONU<sup>138</sup>, em 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948<sup>139</sup> e a sua “juridicização”<sup>140</sup>, que foi concluída em

---

<sup>136</sup> Sarlet (2010, p. 56) manifesta-se no mesmo sentido: “A partir da Declaração Universal da ONU, constata-se a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta, por meio da positivação – na seara do Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinados Estados”.

<sup>137</sup> Recordar-se que, logo após a Segunda Guerra, estabeleceu-se a “Guerra Fria” entre Estados Unidos e União Soviética.

<sup>138</sup> “A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção de um padrão internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.” (PIOVESAN, 2007, p. 126)

<sup>139</sup> Importante evidenciar que a Declaração Universal, com intuito de traçar ordem pública mundial pautada na dignidade da pessoa humana, introduziu não apenas a universalidade dos direitos humanos, mas também a sua indivisibilidade, inter-relação e interdependência (PIOVESAN, 2007, p. 137; 140).

<sup>140</sup> Termo utilizado por Piovesan ao discorrer sobre o processo de incorporação dos direitos constantes da Declaração Universal que se desenrolou de 1949 até 1966. De acordo com a autora: “Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2007, p. 158).

1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2007, p. 111-113; 117-119; 158).

Esse é o contexto de reconhecimento internacional do direito à saúde como direito de todos; período que compreende a fase de expansão do Estado Social já sob a forma de Estado Democrático de Direito.

Essa fase caracterizou-se pelo consenso em torno das políticas keynesianas<sup>141</sup> intervencionistas<sup>142</sup> (TOUCHARD *apud* CRUZ, 2007, p. 17-18) e pelo novo modelo de proteção social, denominado de *seguridade social*, que tem como referência histórica o Plano Beveridge, de 1942, na Inglaterra<sup>143</sup> (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 35; TOUCHARD *apud* CRUZ, 2007, p. 17-18).

Trata-se de novo modelo jurídico-político no qual o direito à saúde – assim como os demais direitos humanos e, inclusive, os sociais – passou por grandes avanços diante da influência de organismos internacionais.

Em tal cenário destaca-se a criação e as atividades da Organização das Nações Unidas – ONU, criada em 1945; da Organização Mundial da Saúde – OMS, criada em 1948, que consiste em instituição integrante das Nações Unidas; da Organização dos Estados Americanos – OEA, cuja instituição data de 1948; da Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS que, apesar de ter sido criada em 1902<sup>144</sup>, teve reconhecimento como organização interamericana apenas em 1950 (AITH, 2007, p. 267-282).

No âmbito da ONU, figuraram como documentos de maior destaque para o novo tratamento do direito à saúde: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais<sup>145</sup> de 1966 que

---

<sup>141</sup> De acordo com Luño (2003, p. 224): “*La afronta liberal tiene su manifestación más precisa en las tesis de Keynes, principal inspirador del Welfare State*”.

<sup>142</sup> Recordar-se a explicitação elaborada sobre o keynesianismo no tópico anterior.

<sup>143</sup> Bento (2003, p. 15) ressalta que este período do pós-segunda guerra também foi marcado pelo plano Marshall, voltado para a reconstrução das economias europeias e pela tentativa de contenção do socialismo soviético.

<sup>144</sup> O estabelecimento de sua denominação para Organização Pan-americana de Saúde só ocorreu em 1958 (AITH, 2007, p. 282).

<sup>145</sup> A Carta das Nações Unidas, de 1945, é fundamental para qualquer direito humano. Só não foi citada por não tratar de forma expressa do direito à saúde.

a juridicizaram – o dos Direitos Cíveis e Políticos e dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos – e a Constituição da OMS.

Constata-se que o artigo XXV<sup>146</sup> da Declaração de 1948 dispôs sobre o *direito de toda pessoa* a um padrão de vida com saúde<sup>147</sup>. A respeito dos pactos que a juridicizaram, percebe-se que, enquanto o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos deteve-se à menção do direito à vida no artigo 6º – 1<sup>148</sup>, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais referiu-se expressamente, no artigo 12<sup>149</sup>, ao *direito de toda pessoa* de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. Além disso, os dois pactos<sup>150</sup> reconheceram, já no preâmbulo, que os direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana<sup>151</sup>.

A Constituição da OMS, de 1946, que entrou em vigor em 1948 (OMS, 2006, p. 4), é um documento de extrema relevância para o direito

---

<sup>146</sup> “Declaração Universal dos Direitos do Homem, Artigo XXV – 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (PIOVESAN, 2007, p. 368)

<sup>147</sup> Para Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 19), há reconhecimento indireto da saúde como direito.

<sup>148</sup> “Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, Artigo 6º – 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (PIOVESAN, 2007, p. 372)

<sup>149</sup> “Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Econômicos, Artigo 12 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade infantil e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (PIOVESAN, 2007, p. 395)

<sup>150</sup> Fernando Aith (2007, p. 268-271) faz referência a tais documentos e destaca que o Brasil só ratificou ambos os pactos em 1992.

<sup>151</sup> Importante ressaltar que vários outros dispositivos apresentam algum tipo de relação com o direito à saúde.



à saúde. Não apenas porque identificou o direito à saúde como direito de todos os povos, mas também por ter estabelecido os princípios básicos do direito internacional à saúde (AITH, 2007, p. 278). Princípios, aliás, que contribuíram, e ainda contribuem, para que sejam apreendidas as relações jurídicas – de direitos ou deveres, públicas ou privadas – nessa área (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 8; 10).

Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 8; 10) destacam que nesse documento há o reconhecimento da saúde como *bem coletivo*<sup>152</sup>, isto é,

[...] como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade da preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade.

A saúde é vista, então, como bem com três dimensões diferentes: a individual, a coletiva e uma de desenvolvimento.

Os autores afirmam que

O bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de *uma perspectiva coletiva*, donde resulta que uma concepção jurídica de saúde há de envolver não só direitos, mas também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também das pessoas e da sociedade. (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9, grifo nosso)

O reconhecimento da dimensão coletiva do direito à saúde, ou seja, a compreensão como direito de todos, resulta, então, em nova classificação da saúde: esta como bem coletivo. Classificação que, com base nos referenciais teóricos desta tese, pode receber a denominação de “bem coletivo extrapatrimonial”.

Essa categorização carrega consigo novas qualificações e a exigência de interação com as dimensões pública e privada. Como se viu anteriormente, ela tem reflexos de ordem paradigmática, já que provoca

---

<sup>152</sup> Os autores destacam, ainda, que a Constituição da OMS acentua a saúde como bem jurídico de desenvolvimento (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9).

mudanças essenciais na concepção de propriedade dominial, grande eixo de orientação do paradigma jurídico-político moderno. Mudanças que, entretanto, ainda não foram devidamente compreendidas pela doutrina tradicional, como se examinará no próximo tópico.

Ao lado da dimensão coletiva do direito à saúde, outra grande inovação introduzida pela Constituição da OMS diz respeito à amplitude do conceito de saúde por ela adotado: saúde como estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade<sup>153</sup> (OMS, 1948, p. 1). Conceito que serve “de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 8; 10).

No que diz respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969<sup>154</sup>, apesar da sua relevância, a OEA – integrante do sistema regional de proteção de direitos humanos<sup>155</sup> – não direcionou tratamento particular para o direito à saúde. Fez referência geral à proteção dos direitos sociais no artigo 26<sup>156</sup> (AITH, 2007, p. 275-277).

A OPAS – integrante tanto do sistema da OEA como do da ONU, neste caso como escritório regional<sup>157</sup> – cumprindo a missão de liderar esforços colaborativos estratégicos entre os Estados-membros e outros aliados para promover a equidade em saúde, combater a enfermidade e

<sup>153</sup> Tradução do original: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*” (OMS, 1948, p. 1)

<sup>154</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor em 1978 (PIOVESAN, 2006, p. 217). Documento ao qual o Brasil aderiu em 1992. Nesse mesmo ano, a Convenção foi promulgada e publicada como Decreto Legislativo. O Brasil fez ressalvas em relação ao documento. No entanto, elas sofreram alteração em 1988 (AITH, 2007, p. 275).

<sup>155</sup> Sobre o tema, *vide* a obra de Flávia Piovesan (2006, p. 63; 165) sobre *Direitos humanos e justiça internacional*.

<sup>156</sup> “Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (PIOVESAN, 2006, p. 226)

<sup>157</sup> Integração que só ocorreu em 1948.

melhorar a qualidade e prolongar a duração de vida dos povos das Américas<sup>158</sup> tem elaborado documentos referentes à Cooperação Técnica entre países (CPT) e à Estratégia de Cooperação com o País (ECP)<sup>159</sup> (OPAS, 2012).

Os documentos<sup>160</sup> internacionais ora mencionados, principalmente os produzidos pela ONU e pela OMS, influenciaram a elaboração de textos constitucionais do pós-45 e, desta forma, a constitucionalização do direito à saúde<sup>161</sup> em diversos países. A partir de então, pôde-se falar em direito social fundamental à saúde, que forma, ao lado dos demais direitos fundamentais, o alicerce<sup>162</sup> dos Estados democráticos de direito.

---

<sup>158</sup> Tradução livre da autora de: “*Liderar esfuerzos colaborativos estratégicos entre los Estados Miembros y otros aliados, para promover la equidad en salud, combatir la enfermedad, y mejorar la calidad y prolongar la duración de la vida de los pueblos de las Américas.*” (OPAS, 2012).

<sup>159</sup> Os documentos básicos da Organização Pan-americana de Saúde podem ser acessados em documento disponível no *site* oficial da organização (OPAS, 2007).

<sup>160</sup> Não há pretensão de esgotar o assunto das fontes internacionais do direito à saúde nem de abordá-las com mais vagar.

<sup>161</sup> Apesar da grande relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, essas expressões não indicam o mesmo fenômeno. Os direitos humanos caracterizam-se pela dimensão “jusnaturalista-universalista” (CANOTILHO, 2003, p. 393), ou seja, como direitos que pretendem ter validade em todos os tempos e para todos os povos. Trata-se de direito vinculado principalmente ao âmbito internacional, em que são suscitadas questões relativas ao ser humano, independentemente da sua ligação com qualquer Estado e consequentemente a qualquer ordem constitucional (SARLET, 2003, p. 33-34). Já os direitos fundamentais correspondem aos direitos do homem instituídos e positivados na esfera constitucional de um Estado específico (SARLET, 2003, p. 33-34). Nos dizeres de Canotilho (2003, p. 393; 378), “são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Para esse autor, é da constitucionalização dos direitos fundamentais que resulta na sua qualificação de *normas vinculantes*, o que os diferencia das declarações de direito, documentos típicos da formalização dos direitos humanos. Apesar dessa afirmação, o autor tem o cuidado de destacar que neste contexto os direitos fundamentais não se tornam, só pelo fato dessa positivação, “realidades jurídicas efectivas”. Importante tal observação frente à complexidade que envolve a efetivação desses direitos, como se verá no caso específico do direito social à saúde.

<sup>162</sup> É importante destacar que essa nova “feição do Direito Constitucional” – assim como o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” – surge no pós-guerra em resposta às crueldades até então cometidas em nome da lei

Antes de se dedicar à explicação do direito à saúde sob a perspectiva de bem coletivo extrapatrimonial – a ser apresentada no título seguinte – e aos temas destacados fundando-se na citação de Castells – o compartilhamento do poder soberano estatal, o resgate da legitimidade do Estado (e do direito), a privatização, a ruína do Estado Social e a apropriação de questões de seguridade social pelo setor privado – é necessário que se compreendam algumas características que o direito à saúde assumiu no âmbito do Estado democrático do pós-45, que introduziu consideráveis transformações no modelo jurídico-político moderno.

O Estado Democrático de Direito foi responsável pela institucionalização dos direitos<sup>163</sup> naturais estampados nas diversas Declarações Internacionais de Direitos e Garantias que, ora em diante, denominados “direitos fundamentais”, passaram a ser o alicerce das democracias que se formaram depois da Segunda Guerra Mundial<sup>164</sup> (BOBBIO, 1992, p. 1).

Tais direitos passaram a integrar a essência do Estado constitucional, não apenas como elemento formal, mas, principalmente, material. Consagrou-se, então, “a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 58).

O Estado Democrático de Direito, Estado constitucional de direito ou, ainda, Estado constitucional democrático, expandiu-se no período pós-45 com fortes críticas aos postulados positivistas de neutralidade e formalidade da lei geral e abstrata<sup>165</sup> e estruturou-se diante da necessidade de acompanhamento dos processos sociais que se ampliavam em decorrência do incremento das funções do Estado. Tendo possibilitada a passagem do Estado legislativo ao constitucional (POZZOLO, 2006, p. 16; 19-20).

Luño (2003, p. 223-224) ressalta que o restabelecimento democrático em vários países contribuiu de forma decisiva para a difusão do novo modelo de Estado, denominado por ele de Estado Social de Direito e que teria como notas distintivas: a) a ideia de que Estado de Direito e Democracia se integram na unidade política e funcional da Constituição, sendo que ambos os princípios assumem a tarefa de legitimação, racio-

---

por movimentos políticos e militares fascista e nazista (PIOVESAN, 2007, p. 28).

<sup>163</sup> Para Canotilho (2003, p. 293), é da constitucionalização dos direitos fundamentais que resulta na qualificação de *normas vinculantes*, o que os diferencia das declarações de direito, documentos típicos da formalização dos direitos humanos.

<sup>164</sup> Bobbio refere-se ao período como modernidade.

<sup>165</sup> Características já examinadas no tópico anterior.

nalização e garantia de continuidade do exercício do poder; b) o reconhecimento da extinção fática da separação entre Estado e sociedade; c) a superação do caráter negativo dos direitos fundamentais, tendo em vista que eles assumem a função de controle da atividade positiva do Estado. Atividade que deve, ainda, ser orientada a viabilizar a participação dos indivíduos e de grupos no exercício do poder; d) necessidade de não ser centralizador, de atuar de acordo com o pluralismo e de possibilitar e articular a participação das pessoas e dos grupos no processo político, econômico, social e cultural; e) não renunciar as garantias jurídico-formais do Estado de direito.

Dentre as características marcantes do Estado Democrático de Direito encontra-se a normatividade<sup>166</sup> das Constituições. O que quer dizer que a Constituição não se atém a organizar o poder e as fontes de direito. Ela passa a gerar direitos e obrigações imediatamente exigíveis, ou seja, que não têm eficácia ligada à interpretação da vontade legislativa.

---

<sup>166</sup> “Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento, e não de juízes e tribunais.” (BARROSO, 2010, p. 78)

No entanto, deve-se ressaltar que o tema não tem tratamento hegemônico. Há diversos posicionamentos sobre, por exemplo, a aplicabilidade imediata de direitos sociais. A variação ocorre em decorrência, principalmente, de como esses direitos são abordados nos textos constitucionais. Sarlet (2010, p. 160-161) chama atenção para essa questão: “No direito brasileiro não se vislumbra, por outro lado, a possibilidade de adotar o critério que norteou os pais da Constituição da República portuguesa de 1976, de modo especial após sua depuração através das posteriores revisões constitucionais, principalmente a de 1982. De acordo com o direito constitucional positivo lusitano, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos formados, respectivamente, pelos direitos, liberdades e garantias (Título II), e pelos direitos econômicos, sociais e culturais (III). Tal classificação se justifica pelo fato de o Constituinte ter previsto regimes jurídicos diferenciados para ambos os grupos, reservando uma força jurídica privilegiada aos direitos, liberdades e garantias, que, ao contrário dos direitos sociais, foram incluídos nas ‘cláusulas pétreas’ da Constituição (art. 288, letra d, da CRP), além de serem considerados diretamente aplicáveis, vinculando todas as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1, da CRP), princípio que não se aplica aos direitos sociais do Título III. Cumpre reconhecer que, entre nós, tal distinção, ou mesmo alguma que lhe seja similar, não é, em princípio, viável, já que à evidência, todos os direitos fundamentais estão, em tese, sujeitos ao mesmo regime jurídico.”

Gera, outrossim, direitos e obrigações de eficácia direta e imediata (SANCHÍS, 2003, p. 128).

Isso significa a passagem das regras materiais<sup>167</sup> para aquelas materiais e garantizadas, a serem exigidas diante da jurisdição constitucional. Nesse processo, destacou-se a influência da Lei fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e do Tribunal Constitucional Federal alemão (BARROSO, 2010, p. 245-246; 266).

Por outro lado, o caráter normativo diz respeito à vinculação de todos os poderes do Estado e sua produção normativa *ao que dispõe as normas constitucionais*, que assumiram a função de condicionar não somente a legislação, a jurisprudência e a doutrina, mas também a ação dos atores políticos e as relações sociais (GUASTINI, 2003, p. 49).

Com tal estruturação foi possível superar a visão juspositivista do modelo que se formou no liberalismo, segundo o qual era inconcebível que uma lei pudesse limitar a própria lei; no qual as cartas constitucionais não eram consideradas vínculos rígidos aos legisladores, e sim documentos políticos ou somente como leis ordinárias; no qual essas cartas se limitavam a programar apenas as formas de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, sem se preocupar com seus conteúdos substanciais (FERRAJOLI, 2008, p. 29-31).

Assim, no novo arquétipo, o Estado, além de estar subordinado a forma de agir (somente pode manifestar a sua vontade por meio da lei), viu-se impedido de violar certos *conteúdos* que se manifestam sob a forma de direitos fundamentais, que estão carregados de carga valorativa<sup>168</sup> (como o é o conceito de dignidade humana).

Um cenário em que tais conteúdos se desenvolveram por meio da intensificação dos direitos de segunda geração – especialmente os direitos sociais, dentre os quais figura o direito à saúde – e do surgimento de direitos sob o formato de novas gerações ou dimensões: a) a *terceira*, que tende a se cristalizar em fins do século XX, como direitos de fraternidade pertencentes ao gênero humano e que se relacionam a temas como paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade<sup>169</sup>; b) a *quarta*, formada pelos direitos à *democracia*, à informa-

---

<sup>167</sup> Conforme visto no tópico 1.1, a materialidade dos direitos já fazia parte do discurso jurídico. A novidade desse período passa a ser o caráter garantizado de tais normas.

<sup>168</sup> O que confirma a superação do preceito do positivismo jurídico, citado no título anterior, de separação entre direitos e valores morais/ética.

<sup>169</sup> O autor considera que talvez haja outros direitos de terceira geração em gestação (BONAVIDES, 2010, p. 569).

ção e ao pluralismo<sup>170</sup>; c) e a paz como direito de *quinta geração*<sup>171</sup> (BONAVIDES, 2010, p. 569; 571; 583).

Os direitos de terceira geração trazem uma peculiaridade no que diz respeito à titularidade. Nesse aspecto, Paulo Bonavides<sup>172</sup> a atribui a toda a humanidade, enquanto outros autores afirmam tratar-se de titularidade coletiva ou difusa<sup>173</sup>. Para Sarlet<sup>174</sup> (2010, p. 48-49), a grande

---

<sup>170</sup> Importante a observação de Sarlet (2010, p. 56): “Mesmo em se considerando a controvérsia que grassa em torno do reconhecimento do caráter de autênticos direitos fundamentais de alguns dos direitos da terceira e da quarta dimensões, de modo especial, contudo, no que diz respeito com a possibilidade de sua efetivação como direitos subjetivos, não há como negligenciar a relevância também destas novas dimensões de direitos fundamentais, para o progresso da humanidade. Ressalta-se, neste contexto, a dimensão profética e promocional dos direitos fundamentais, que, mesmo não limitada aos direitos da terceira e da quarta dimensões, é com relação a estes que assume particular relevância, patenteando que todos os direitos fundamentais são permanentemente direcionados para o futuro, gerando a perspectiva e a possibilidade de mudanças e de progresso. De outra parte, verifica-se que os direitos da terceira e da quarta dimensões (ou mesmo de uma quinta dimensão, como preferem alguns), que ainda se encontram em fase de reconhecimento e positivação, seja na esfera internacional, mas principalmente em nível do direito constitucional interno, constituem, na verdade, direitos em processo de formação, razão pela qual costumam ser caracterizados como autênticos *law in making* (cita E. Reiedel), cuja importância jurídica e política não deve, contudo, ser menosprezada.”

<sup>171</sup> Ele retoma a paz em nova geração de direitos, na quinta, por considerar que ela não foi devidamente desenvolvida no âmbito da terceira (BONAVIDES, 2010, p. 583).

<sup>172</sup> Na obra *Teoria do Estado*, o autor diz que os direitos de terceira geração pertencem à comunidade, ao povo ou à nação, e os de quarta geração ao gênero humano (BONAVIDES, 1995, p. 362). Já no seu livro *Curso de direito constitucional*, ele afirma serem os direitos de terceira geração destinados ao gênero humano (BONAVIDES, 2003, p. 571). Diante de tal constatação, defende-se o posicionamento adotado pelo autor na obra mais recente.

<sup>173</sup> O autor cita Lafer nesta passagem (SARLET, 210, p. 48).

<sup>174</sup> O autor destaca ainda que, “no que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara” (SARLET, 2010, p. 49).

novidade está na titularidade coletiva, ou seja, no fato de estarem destinados à tutela de grupos humanos e não à figura do homem-indivíduo<sup>175</sup>.

Bittar (2009, p. 178) destaca que, assim como a titularidade, os conflitos que envolvem tais direitos deixam de ser unicamente individuais. Eles também se tornam coletivos, conjunturais, associativos e difusos, exigindo novas formas de tratamento diferentes daquelas típicas do Estado liberal, estruturadas em torno do indivíduo. Daí a exigência de novos mecanismos para atender às novas demandas<sup>176</sup>.

Sarlet (2010, p. 173) deixa claro que a titularidade coletiva supracitada não cabe aos direitos sociais, que são, na concepção do autor, direitos outorgados, acima de tudo, à pessoa individual. Caracterizam-se, então, assim como os direitos de liberdade, como direitos de titularidade individual. Em decorrência disso, o autor considera equivocados os posicionamentos que classificam os direitos sociais como direitos coletivos ou institucionais.

Essa proeminência da dimensão individual, para além e reforçando a origem moderna do individualismo, decorre como característica do momento histórico, político e jurídico em que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como o centro da *titularidade de direitos*” (CANOTILHO, 2003, p. 416, grifo nosso).

Nesse contexto, o direito social fundamental à saúde tem sido interpretado no sentido de que “não se pode afirmar que existe um direito coletivo à saúde se não há um direito individual à saúde” (GAMA, 2007, p. 75-76).

Sarlet (2010, p. 356) esclarece que sua intenção não é refutar a existência da dimensão do direito coletivo à saúde, mas sim de evitar interpretações que afastem a titularidade individual. Nesse sentido, o direito à saúde como direito coletivo estaria ligado a questões de saúde pública e coletiva (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 9-10) e, ainda, às prestações estatais (SARLET, 2010, p. 217-218).

Uma análise diferente é a de Appio (2006), para quem

[...] o *direito à saúde* não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico da

---

<sup>175</sup> Concepções de extrema importância para a formação dos direitos coletivos e difusos que serão abordados no título 3.3.

<sup>176</sup> O autor faz menção aos direitos na pós-modernidade e não, especificamente, aos direitos de terceira geração.



cada cidadão brasileiro, mas sim é um *dever objetivo do Estado* o qual deve implementar políticas públicas para o setor, *assegurando a todos o acesso universal e igualitário*. (grifo nosso).

Essas são apenas algumas interpretações acerca da titularidade do direito fundamental à saúde, que se classifica, como citado, como direito de segunda geração. Foram apresentadas para destacar que tal titularidade, apesar de ter reconhecida a sua dimensão coletiva, de direito de todos, ainda não recebeu *tratamento teórico apropriado*<sup>177</sup>, o que tem impedido avanços nos âmbitos jurídico e político. Em virtude disso, verifica-se que, mesmo quando há consideração da coexistência da dimensão individual e da coletiva de tal direito, as interpretações em torno da faceta coletiva oscilam entre uma dimensão individual e subjetiva e outra estatal e objetiva, esta pautada principalmente nos deveres do Estado<sup>178</sup>. Tal quadro remete, mesmo que não intencionalmente, à dicotomia público x privado.

Essa realidade demonstra que o exercício e a tutela do direito de todos à saúde ainda se desenrolam sob a orientação moderna – individual e patrimonialista<sup>179</sup> – segundo a qual: de um lado, a dimensão coletiva só se justifica se conectada à titularidade e ao voluntarismo individual, de acordo com os quais é o indivíduo, dentro dos limites legais, quem tem a capacidade de exercitar esse *seu* direito, sendo o responsável por decidir sobre ele – fornecendo-lhe o conteúdo –, e de exigir tutela judicial perante o Estado, que se estrutura, ainda, em sistema de justiça retributiva-comutativa<sup>180</sup>. De outro lado, é o Estado o grande responsável por garantir tal exercício e tutela e, ainda, *em exercer e tutelar*, de acordo com o seu voluntarismo, *o coletivo*, já identificado com o público-estatal. Em ambos os casos, o ente estatal recorre às políticas públicas, ao poder de polícia, ao poder normativo e às atividades prestacionais materiais<sup>181</sup>.

No que diz respeito à democracia, destaca-se que a sua classificação como nova geração dos direitos fundamentais é peculiaridade

<sup>177</sup> Assunto ao qual se dedicará no próximo tópico.

<sup>178</sup> No último capítulo será tecida análise crítica desse cenário.

<sup>179</sup> Descrita no título precedente.

<sup>180</sup> Tema a ser explicado com mais detalhes no título 4.1.

<sup>181</sup> Ressalta-se que essas buscam atender a justiça distributiva estruturada, nos termos analisados no título anterior, em torno do indivíduo como sujeito a se apropriar da divisão do bem comum.

encontrada na obra de Bonavides. No entanto, não restam dúvidas de que a democracia participativa tornou-se categoria central da pós-modernidade. Os Estados democráticos de direito, sob a orientação da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>182</sup>, configuraram-se tendo em vista que a soberania do povo seria exercida tanto direta quanto indiretamente. Dessa forma, a *democracia* passou a ser difundida por meio da internacionalização dos direitos humanos que, como se viu, foi responsável por profundas alterações na concepção de soberania estatal moderna.

A participação consiste em categoria que se desenvolveu não somente no âmbito institucionalizado. Já se destacou anteriormente que a intensificação das relações sociais consiste em componente elementar da pós-modernidade. Nesse sentido, e diante da atuação dos movimentos sociais, que surgiram particularmente a partir da década de 60, passaram a ser desenvolvidas teorias e práticas em torno de novos atores sociais, da ressignificação da sociedade civil e do espaço público não estatal<sup>183</sup>.

Para todas as dimensões dos direitos fundamentais ora mencionadas, a normatividade das Constituições do pós-45, já citada no texto, consiste em característica de extrema relevância. Ela fez ser abandonada a ideia de que as normas constitucionais não passariam de diretrizes expedidas, principalmente, ao legislador sem o caráter propriamente de normas jurídicas que pudessem ser tuteladas judicialmente (BITTAR, 2009, p. 181-182).

Dessa forma,

[...] uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX [*sic*], no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. [...]. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. (BARROSO, 2010, p. 262)

---

<sup>182</sup> Artigo XXI, 1: “Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (PIOVESAN, 2007, p. 367).

<sup>183</sup> Temas a serem abordados no tópico 3.1.

Em tal conjuntura, de emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos, delineou-se novo modelo teórico e normativo que se convencionou denominar “modelo pós-positivista” ou “neoconstitucionalismo”<sup>184</sup>.

O termo “neoconstitucionalismo” tem sido utilizado para destacar o caráter que assume o constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX. Ele pretende explicar o conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, a partir dos anos oitenta daquele século (CARBONEL, 2007, p. 9).

De forma geral, a terminação refere-se ao “constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”<sup>185</sup> (BARROSO, 2010, p. 267).

Essa hermenêutica está relacionada ao fato de os direitos fundamentais passarem a se materializar em dois tipos de normas: tanto em princípios quanto em regras. Enquanto os primeiros são *mandados de otimização* que dependem, para seu cumprimento, tanto das possibilidades reais como jurídicas, podendo, justamente por isso, serem cumpridos em diferentes graus, dada a variação das situações fáticas e jurídicas, as regras ou podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível<sup>186</sup> (ALEXY, 1997, p. 86, 87).

---

<sup>184</sup> Constata-se que não há “acordo semântico globalizante sobre o próprio fenômeno da constitucionalidade” (PEREIRA, 2008, p. 14). Pereira (2008, p. 10) afirma ainda que “a conclusão inevitável é a de que inexiste fórmula homogênea universalmente aplicável independentemente de fatores históricos, geográficos, culturais etc. Nesse sentido, não há nada mais estável no constitucionalismo do que sua capacidade de adaptação”.

<sup>185</sup> Barroso (2010, p. 267) enfatiza que existem diferentes teorias sobre o neoconstitucionalismo. No entanto, ele afirma que apesar das diferentes abordagens, “não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo”.

Destacou-se em outra oportunidade que há muitos aspectos “ambíguos” e conflituosos no âmbito das teorias neoconstitucionalistas, que não serão estudados. E que, para entender esse fenômeno, é preciso considerar ao menos três níveis de análise: 1) relativo aos textos constitucionais; 2) relativo às práticas jurisprudenciais; 3) relativo aos desenvolvimentos teóricos (CANUT; CADERMATORI, 2011, p. 11; 15; CARBONELL, 2007, p. 10; SANCHÍS, 2007, p. 128).

<sup>186</sup> Tradução de: “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *deter-*

Do caráter principiológico, de norma material garantizada, carregada de valores e da possibilidade da aplicação direta e imediata, a exigibilidade judicial desses direitos fica evidente e os métodos de interpretação tradicionais ultrapassados. Assim, a atenção antes dispensada aos legisladores, no paradigma jurídico-político anterior, volta-se aos juízes. E estes, para acompanharem tantas mudanças, recorrem a novas formas interpretativas, como a utilização da teoria da argumentação e a ponderação – uma de suas técnicas –, quando da aplicação de normas que traduzem posições/direitos *prima facie*<sup>187</sup>.

Barroso (2010, p. 267) afirma, independentemente do nome que se atribui a tais transformações, ser impossível desconsiderar as alterações revolucionárias no direito contemporâneo, que abriu espaço para a atividade criativa de juízes e tribunais e proporcionou o abandono do modelo de regras e de subsunção.

Todas essas características remetem ao tema já abordado no tópico 1.1: as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. No contexto do neoconstitucionalismo, com a ênfase na supremacia de tais direitos, a temática se avulta.

De um lado, com a garantia jurisdicional a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se destaca. Ou seja, fica em evidência a possibilidade de se exigir judicialmente tais direitos, seja o titular indivíduo ou ente coletivo, sejam os direitos em questão relacionados a liberdades, ações negativas ou positivas (SARLET, 2003, p. 158-159).

De outro lado, com as novas características do direito constitucional, que *impõem*<sup>188</sup> a atuação positiva do Estado para a concretização dos direitos fundamentais – principalmente dos sociais, econômicos e culturais – também é reforçada a dimensão objetiva, já citada no tópico anterior, e que ainda não recebeu a devida atenção, ao menos no Brasil<sup>189</sup>.

A perda do caráter *programático* e a sua aplicabilidade e exigibilidade direta e imediata impuseram novas atividades e funções ao Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses

---

*minaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”* (ALEXY, 1997, p. 86-87, grifo do original)

<sup>187</sup> Para a análise do tema, *vide* Alexy (1997).

<sup>188</sup> E não apenas prevê a sua atuação, como um programa.

<sup>189</sup> Conforme destacado por Sarlet (2010, p. 141).

individuais, para emergir como conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos<sup>190</sup> (LUÑO, 1995, p. 21).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais abarca vários aspectos: a) feição axiológica (LUÑO, 1995, p. 21) e seus desdobramentos – eficácia dirigente e parâmetro para o controle de constitucionalidade<sup>191</sup> –; b) feição de força jurídica autônoma<sup>192</sup> – na qualidade de efeitos que não estão necessariamente atrelados aos direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos – a qual se desdobra na denominada *eficácia irradiante*, que está ligada à *eficácia horizontal* e ***nos deveres de proteção do Estado***, o qual consiste no encargo de agir positivamente para proteger o exercício dos direitos fundamentais contra atos do Estado, de particulares e até mesmo de outros Estados; c) fundamento para “criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento” (SARLET, 2003, p. 150; 152-155, grifo nosso).

É na dimensão objetiva que ficam evidentes as novas funções do Estado Social em relação, principalmente – mas não exclusivamente –, aos direitos de segunda geração – os sociais, econômicos e culturais. Häberle (2002, p. 197) chama esse Estado Social de direito de “Estado Prestacional”<sup>193</sup> e ressalta que em tal modelo reforça-se o aspecto mate-

---

<sup>190</sup> Tradução livre de: “*los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos*” (LUÑO, 1995, p. 21).

<sup>191</sup> Sarlet (2003, p. 150; 154-155) destaca os seguintes desdobramentos: o primeiro consiste na constatação dos direitos fundamentais como expressão de valores objetivos fundamentais da comunidade, que ultrapassam o âmbito do indivíduo e sua posição frente ao Estado, e que devem ser respeitados e concretizados por aquela. Os outros dois desdobramentos podem ser constatados como: de um lado, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, e de outro, “como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais”.

<sup>192</sup> Após abordar a dimensão axiológico-valorativa, o autor passa a se dedicar ao que ele chamou, na esteira de Andrade, de “novos conteúdos que podem integrar, sob o aspecto de sua caracterização como reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais” e que se relacionam a “desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais consagradores de direitos subjetivos.” (SARLET, 2010, p. 147).

<sup>193</sup> “[...] *entendemos que el Estado prestacional es el que se constituye sobre la base de la propia Ley Fundamental alemana actual y que, tanto si es forma mediata o inmediata, sea a través de su propia organización o de*

rial dos direitos básicos diante da inclusão de procedimentos muito precisos.

Canotilho (2003, p. 408-409) questiona se a dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais obriga os poderes públicos a implementarem políticas sociais que conduzam à criação de instituições (como hospitais, escolas), serviços (segurança social) e fornecimento de prestações (rendimento mínimo, habitação, econômica etc.). E fornece uma resposta ao afirmar, com base na Constituição Portuguesa de 1976, que “é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais [...] individualizam e impõem políticas públicas socialmente activas”.

Os direitos a prestações<sup>194</sup> se realizam, então, por meio de comportamentos positivos do Estado. Essa nova situação não faz com que a contraposição indivíduo-Estado desapareça, mas leva o Estado a recorrer a medidas de planejamento nos âmbitos econômico e social (ANDRADE, 2009, p. 57-58).

Nesse sentido, “a intervenção do Estado para o desenvolvimento econômico e a mudança social faz-se com o cálculo estatístico e o planejamento conseqüente e responsável das políticas públicas”. Trata-se de cenário acompanhado pelo aperfeiçoamento do modelo administrativo burocrático (BENTO, 2003, p. 10; 29).

Observa-se que tais políticas<sup>195</sup> passaram a se destacar no panorama jurídico-político pós-moderno. No entanto, nem o neoconstitucionalismo nem outra proposta recente forneceram alternativas para o direito lidar com essa figura. Este se torna um dos grandes desafios atuais do direito: lidar com as políticas públicas<sup>196</sup>. Já que

---

*sus procedimientos, aporta prestaciones a la ciudadanía y a sus asociaciones, las cuales se orientan ante todo – en el sentido más amplio del término – hacia los propios derechos fundamentales como referencia más positiva.”* (HÄBERLE, 2002, p. 171-172)

<sup>194</sup> Que serão classificados no capítulo 2.

<sup>195</sup> Conforme explicado no tópico 1.1, as políticas e programas públicos, assim como o planejamento, são instrumentos que surgem já nas primeiras formas de Estado intervencionista.

<sup>196</sup> É o tema abordado por Maria Paula Dallari Bucci (2006) na obra *Direito administrativo e políticas públicas*. A preocupação com o assunto levou à criação da disciplina “Direito das Políticas Públicas”, tema abordado por Maria da Glória F. P. D. Garcia, em livro lançado pela Editora Almedina em 2009.

[...] os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de direito do século XIX não se encaixam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. Assim, perdem significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; a idéia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito diante da ineficácia e da inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade; a regra de igualdade perante a lei, como garantia da indistinção e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos no mercado, [...]; a tripartição clara das competências das esferas e das instâncias do poder como forma de manter o equilíbrio do Estado, o que na prática resulta em dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas judiciárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos orientados por valores desconexos; a idéia da democracia representativa como fomento à igualdade de todos e

---

Habermas (1997, p. 171) também se ocupou com o tema. Para ele, “os programas políticos do legislador sempre funcionaram como canais através dos quais conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos imigraram para o direito. O próprio direito formal burguês teve que abrir-se para fins coletivos, tais como a política militar e fiscal. Entretanto, a perseguição de fins coletivos teve que subordinar-se à função própria do direito, isto é, à normatização de expectativas de comportamento, de tal modo que é possível interpretar a política como realização de direitos. [...] No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam: *‘O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito’*. Ao contrário do que pensa o neoliberalismo, as limitações impostas à política pela forma do direito são de tipo estrutural e não de tipo quantitativo.”

à realização da vontade geral rousseauiana, quando se sabe que a população vive à mercê dos usos e abusos na publicidade, no discurso e na manipulação políticas; [...]; a garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direitos, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, pelos modos como a pratica e pelas deficiências reais de acesso que possui. (BITTAR, 2009, p. 181-182)

A perda de sentido ocorre justamente em razão de os elementos da ordem moderna, referenciados na citação supra, não corresponderem ao quadro que se formou.

Apesar de não utilizar o termo *políticas públicas*, Peter Häberle (2002, p. 163-165) afirma que no Estado prestacional a legislação voltada para as prestações aparece com novas designações – como promoção, fomento, subsídio – e reflete nova relação entre o cidadão e o Estado e entre os poderes executivo e legislativo. Os direitos de prestações apresentam caráter próprio que envolve organização, planejamento e direção. Por isso, permanecem “abertos” e mais elásticos, o que é exigido para a sua gestão pela Administração.

Daí que a tarefa do legislador seja a de captar muitas das relações normativas surgidas espontaneamente da floresta administrativa, reconduzindo-as a uma base de competências funcionais abertas, devido a que “toda relação jurídica qualificável de prestacional encerra potencialmente uma relação constitucional”<sup>197</sup> (HÄBERLE, 2002, p. 163-164).

O desafio ora descrito é cada vez mais evidente e problemático no âmbito da atuação do Poder Judiciário no cenário constitucional contemporâneo. Com a intensificação de seu papel para a concretização dos direitos fundamentais, as decisões judiciais passaram a afetar alguns aspectos da dimensão objetiva de tais direitos, interferindo em questões políticas como, por exemplo: utilização/destinação de recursos orçamentários; concessão de direito individual que afeta todo o planejamento da política pública; definição de políticas públicas e a sua operacionalização.

---

<sup>197</sup> Tradução livre da autora do trecho em que Häberle (2002, p. 165) cita Forsthoff: “*De ahí que la tarea del legislador sea la de captar muchas de las relaciones surgidas espontáneamente de la floresta administrativa, reconduciéndolas a una base de competencias funcionales abiertas, debido a que ‘toda relación jurídica calificable de prestacional encierra potencialmente una relación constitucional’*”.



Para Ariza (2003, p. 242), reside aí o problema principal a ser enfrentado pelo neoconstitucionalismo: a tensão entre o Poder Judiciário e o Legislativo diante da aplicação direta e imediata das normas constitucionais. Acrescenta-se que a tensão estende-se para as relações entre Judiciário e Executivo<sup>198</sup>. Nesse sentido, Paulo Bonavides (1995, p. 364) chega a afirmar que,

[...] em razão, pois, de imperativos de legitimidade no preenchimento dos espaços normativos disputados pelo judiciário e executivo, a discórdia surda, hoje existente, entre esses dois poderes tende a ser muito maior que aquela habitualmente observada no eixo da dualidade clássica: executivo e legislativo.

Assim, uma das grandes consequências da nova configuração do constitucionalismo surge no campo político com os debates acerca das funções de cada um dos poderes do Estado e do questionamento da legitimidade do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais que, a princípio, deveriam ser viabilizados pelo Legislativo e pelo Executivo<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Isso não significa que tenha desaparecido a tensão entre executivo e legislativo. Ela apenas tem importância histórica relativizada. Nesse caso destacam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 4728 e ADI 4729) apresentadas pelo governador do Estado do Amapá, Camilo Capiberibe, ao Supremo Tribunal Federal (STF), com pedido de liminar, contra leis estaduais que criam programas sociais, “interferindo na organização, nas atribuições, nas competências, e na estrutura inerente ao Poder Executivo”, conforme as ADIs (BRASIL, 2012a).

<sup>199</sup> Ao descrever uma crítica ao direito, Habermas (1997, p. 174-175; 180) cita o perigo que a divisão dos poderes corre. Ele faz importante observação para o contexto que vem sendo descrito: “Tão logo, porém, a administração do estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração. Para suplementar essa administração clássica intervencionista, cuja atividade é caracterizada como reativa, bipolar e pontual, surgiram administrações planejadoras com uma prática totalmente diferente.”. Assim, ao abordar as consequências da materialização do direito para a divisão funcional dos poderes, o autor diz que, apesar da crítica ao direito desenvolvido pelos juízes, “[...] o que mais causa inquietação é a insuficiente regulação da administração do ponto de vista do direito constitucional. [...] Além disso, “em nosso contexto, é mais importante saber que o desengate entre o poder administrativo autônomo e as normas do

Figuerola (2003, p. 167) ressalta a importância do deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário e o fato de tal transferência de poder ser vista por alguns autores como grave lesão ao princípio democrático. Um dos aspectos de tal problemática diz respeito à relação entre Estado de direito e decisão das maiorias frente ao poder dos juízes de obrigar o administrador e o legislador democraticamente eleitos a conceber e/ou realizar políticas públicas ou outras iniciativas que desvirtuem tais políticas. Diante desse panorama, a divisão moderna dos poderes resta questionada e em declínio.

Em outra oportunidade discorreu-se sobre a falácia dos argumentos que utilizam a separação de poderes para afastar a atuação judicial da função de garantir direitos sociais por meio de decisões que obriguem a administração pública a implementar políticas adequadas (CANUT; CADEMARTORI, 2011). No entanto, não basta tal afirmação; é necessário superar o modelo moderno de tripartição de poderes. Precisa-se de configuração que corresponda, dentre outros fatores: às exigências do novo constitucionalismo e das políticas públicas; à democracia participativa; às novas configurações advindas com a globalização e com a sociedade em rede, informacional; ao resgate de legitimidade do direito e do Estado frente ao neoliberalismo; às peculiaridades dos bens coletivos quando eles figurarem como objeto da pauta.

Já se afirma que a técnica moderna de separação de poderes precisa ser superada<sup>200</sup> para se alcançar, por exemplo, uma

---

estado de direito *traz consequências*. [...]. Na medida em que a administração assume as tarefas do legislador político e passa a desenvolver programas próprios, ela tem que decidir por conta própria a questão da fundamentação e da aplicação de normas.”. Importante lembrar as peculiaridades do poder normativo do executivo no âmbito brasileiro, especialmente no que diz respeito à corrente afirmação de que no país não se admitem os Decretos autônomos.

<sup>200</sup> Para Habermas (1997, p. 182), “O problema central reside na instrumentalização do direito para fins de regulação política, a qual sobrecarrega a estrutura do *medium* jurídico, dissolvendo a ligação que existe entre a política e a realização de direito dos quais não se pode dispor. Entretanto, do ponto de vista procedimentalista, esse problema não resulta da substituição de um tipo de direito por outro. O avanço do direito regulativo oferece apenas a ocasião para a dissolução de uma determinada figura histórica da divisão de poderes no Estado de direito. Hoje em dia, o legislador político tem que escolher entre o direito formal, o material e o procedimental: tudo depende da matéria a ser regulada. Daí a necessidade de uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes.”

[...] conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandonando-se, daí, expressões impróprias e antiquadas, quais sejam *separação* e *divisão*, substituídas por outras mais concretas, a saber, *distinção*, *coordenação* e *colaboração*.<sup>201</sup> (BONAVIDES, 2009, p. 73, grifos do original)

Tendo em vista que o direito à saúde configura-se no quadro ora descrito como direito social fundamental, ele não só assumiu todas as características explicadas, como também passou a lidar com o contexto traçado, que envolve tanto as dificuldades para lidar com políticas públicas quanto aquelas relativas ao que se denomina de judicialização ou possibilidade de exigibilidade judicial.

São temas de extrema relevância que remetem ao reconhecimento da saúde como direito de todos e aos debates que o acompanham ao tratar-se da estipulação da sua titularidade. Verificou-se que a identificação da saúde como direito de todos não garantiu tratamento jurídico próprio à dimensão coletiva. É o que se pode constatar das breves citações acima referidas nas quais o direito à saúde circula entre a proeminência de uma perspectiva individual e de outra coletiva, de caráter público-estatal.

No Estado Democrático de Direito, o caráter normativo do direito à saúde sobrepujou a programaticidade que lhe era atribuída. A sua concretização tornou-se obrigatória tanto por meio de políticas públicas quanto pela via judicial, o que foi reforçado pela dupla dimensão que tal direito – como todos os direitos fundamentais – assumiu: objetiva e subjetiva, conforme explicado anteriormente. Um cenário que fortaleceu tanto a atuação do Poder Executivo quanto do Judiciário. No entanto, a atuação desse poder ganhou destaque frente ao direito à saúde, não apenas pela normatividade, mas também pelo caráter material e principiológico que assumiu no novo constitucionalismo, exigindo dos juízes nova atuação, por meio de novos métodos interpretativos, como já observado. Recorda-se que o direito à saúde passou a abranger todos aqueles aspectos da dimensão objetiva, dos quais se destacam a eficácia irradiante, a eficácia horizontal e, especialmente, os deveres do Estado em fornecer

---

<sup>201</sup> Diante das delimitações feitas para desenvolver esta tese, importa destacar que Bonavides (2009, p. 73) utiliza o termo “moderno Estado jurídico e democrático” para abordar a transformação acima descrita.

prestações de saúde. Além disso, não se pode olvidar que, como direito fundamental social, o direito à saúde passou a cobrar a criação de organizações e procedimentos e, ainda, a participação nos mesmos.

Além dessas características, que foram detalhadas nas páginas precedentes quando da abordagem geral sobre o Estado Democrático de Direito e sobre os direitos fundamentais<sup>202</sup>, recorda-se a categorização do direito à saúde como direito de segunda geração. Destaca-se, ainda, o seu caráter multifuncional, já que ele é, ao mesmo tempo: a) direito de *defesa*; b) direito prestacional à *proteção*; c) direito prestacional em *sentido estrito*.

Como direito de *defesa*<sup>203</sup>, o direito à saúde impõe ao Estado o dever de abster-se de qualquer ação que possa desprestigiar, agredir ou significar ingerência indevida na saúde do titular (SARLET, 2010, p. 168; 174; SARLET, 2002, p. 8).

A essa função defensiva, negativa, corresponde uma dimensão prestacional<sup>204</sup> do Estado no sentido de impedir que o direito à saúde do titular sofra agressões ou interferências de terceiros (SARLET, 2010, p. 168; 174; SARLET, 2002, p. 8; SCHWARTZ, 2001, p. 72). Nessa conexão com a função de defesa o direito à saúde assume, então, a função prestacional de *proteção*<sup>205</sup> (FIGUEIREDO, 2007, p. 89).

Na dimensão prestacional, o direito à saúde classifica-se, ainda, como direito a *prestações em sentido estrito* ou a *prestações materiais sociais*<sup>206</sup>. Essa é a sua faceta mais complexa, na qual ele pode ser entendido como direito do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o

---

<sup>202</sup> Características que serão retomadas no capítulo 2.

<sup>203</sup> Para Sarlet (2002, p. 10): “Além disso, no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso [...]”.

<sup>204</sup> Apesar de Sarlet (2010, p. 203) recorrer à teoria de Robert Alexy, a qual se baseia na diferença entre ações positivas e ações negativas do Estado, ele menciona ter sempre sustentado “que um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa”.

<sup>205</sup> Robert Alexy (2008, p. 456) afirma que “A diferença entre o dever de se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada”.

<sup>206</sup> Essa classificação lhe dá efetiva posição jurídica dentre os demais direitos a prestações e ajuda a compreender os reflexos na sua eficácia e efetivação (SARLET, 2010, p. 187).

indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares<sup>207/208</sup> (ALEXY, 1997, p. 482).

Essa multifuncionalidade do direito à saúde será mais bem examinada no capítulo 2 quando, frente ao contexto da Constituição brasileira de 1988, será possível analisar outra classificação bastante complexa e essencial para se entender os debates atuais sobre a judicialização do direito à saúde: a categorização em direito a prestações originárias e a prestações derivadas de saúde.

O quadro do novo constitucionalismo, sob o qual se desenvolve o direito à saúde, reflete as mudanças provocadas pela nova ordem internacional dos direitos humanos que, como já referenciado, relativizaram a concepção de soberania estatal.

No entanto, cabe recordar ainda, que a soberania do Estado sofreu outros abalos. Isso porque na pós-modernidade o Estado é obrigado a *compartilhar* poder com outras instituições – como, por exemplo, ALCA, OTAN, OPEP, OMC, Mercosul, dentre outros (OLIVO, 2004, p. 140; 33). Daí o enfraquecimento da “soberania” estatal diante da atuação de blocos econômicos e políticos e a exigência de redefinição do papel do Estado, agora em virtude da globalização (BARROSO, 2010, p. 70).

Isso significa que, em meio às atividades dos fluxos globais e das várias redes que se formam, sejam estas de riquezas, de poder transorganizacional ou ainda de informação, o Estado perde parcela da soberania (CASTELLS, 1999b, p. 401) ao ter que administrar parcerias e negociações com outras fontes de poder (OLIVO, 2004, p. 140).

É a realidade em que não há nem a extinção do Estado nem seu aviltamento a papel secundário<sup>209</sup> (BARROSO, 2010, p. 70)<sup>210</sup>. Trata-se, sim, de novo arquétipo estatal, denominado por Olivo de “Estado reglobalizado” ou “Estado-rede” (2004, p. 137-138), em que esse ente perde

---

<sup>207</sup> Tradução livre da autora.

<sup>208</sup> Na sua obra, o autor refere-se de forma geral aos direitos a prestações em sentido estrito. A delimitação à análise do direito à saúde é feita pela autora deste trabalho.

<sup>209</sup> Ressalta-se que: “O Estado ainda é grande instituição do mundo moderno” (BARROSO, 2010, p. 70). No entanto, melhor seria entender que esta instituição moderna – o Estado – continua a ser uma das grandes instituições em tempos pós-modernos.

<sup>210</sup> Destaca-se que este autor não dedica a mesma ênfase à formação da sociedade em redes.

poder, mas não a influência. Diferença que Castells (1999b, p. 287) destaca como fundamental.

O “Estado reglobalizado” mantém-se como legítimo representante da soberania nacional tanto interna quanto externamente. No entanto, passa a se configurar como nó privilegiado na rede de poderes. O seu papel diferenciado justifica-se em virtude, principalmente, de “suas prerrogativas de regulação, de representação e de solidariedade” (OLIVO, 2004, p. 119; 137).

Essas transformações afetam profundamente a configuração do direito em diversos aspectos. Um deles diz respeito ao surgimento e identificação de variedade de normas que não são emanadas do Estado. Nesse sentido, a pós-modernidade jurídica caracteriza-se pela passagem do monismo para o pluralismo jurídico – quadro em que a norma estatal passa a conviver com normatizações de organizações internacionais, subnacionais, supranacionais e até com aquelas produzidas pelos movimentos sociais.

Olivo (2004, p. 59-60) explica que a pluralidade de regulamentações na sociedade em redes tem validade que independem da intervenção estatal. E ressalta, ainda, não se tratarem de simples recomendações para formas de conduta. São consideradas normas positivas, aceitas pelos participantes, com previsão de pena a ser aplicada por entes que não os estatais – nem jurisdicionais nem administrativos. Nesse cenário, as normas estatais convivem com o direito negocial<sup>211</sup>, mas mantêm seu privilégio mesmo diante da alteração da função, agora mais de orientação e de definição de princípios do que propriamente de regulamentação de temas específicos.

Passa-se a ter o panorama em que a abordagem do direito como “*emanação de um poder soberano único, absoluto*, de um Estado Nacional, representativo, que seria capaz de velar pelos interesses de toda a Sociedade, mediante representantes democraticamente eleitos, políticas estatais coerentes e poder de polícia efetivo”<sup>212</sup> (PILATI, 2011, p. 1,

---

<sup>211</sup> Tema já abordado em outra oportunidade para falar da proteção do consumidor no paradigma digital (CANUT, 2011, p. 148-151; 185-240).

<sup>212</sup> Para este autor, a reação ao quadro acima descrito já havia começado no século XIX. Para ele, “Santi Romano – alerta Grossi – foi o primeiro a perceber a *erosão das muralhas* desse castelo; a se insurgir contra essa enigmática simplicidade; a perturbar a sublime paisagem de claras geometrias formais. Romano percebeu, em 1917, a *incapacidade do Estado e da lei* frente à complexidade hodierna.” (PILATI, 2011, p. 1, grifos do original).

grifos do original) – apesar de ainda ser feita recentemente, não se adequa mais aos tempos pós-modernos.

A respeito da soberania do poder estatal, ressalta-se também a questão relativa à destruição das bases de defesa da regulamentação do Estado na *era* digital, ou seja, da sua territorialidade. Isso porque a impossibilidade de controlar os sinais de comunicação transfronteiriços emitidos por satélites, via computador por meio de linha telefônica (CASTELLS, 1999b, p. 98-299) ou por qualquer outro meio de transmissão além-fronteiras<sup>213</sup>, coloca em xeque a capacidade regulatória do Estado e sua estrutura moderna de Estado-nação territorial soberano.

A crise de legitimidade, que se conecta intimamente às mudanças acima descritas acerca da soberania, é outro grande desafio no âmbito da (re)estruturação do Estado e do direito na pós-modernidade. Trata-se de realidade evidente frente ao afastamento do Estado dos compromissos sociais e que se reflete nas leis e, cada vez mais, nas políticas sociais e econômicas que não têm correspondido aos interesses da “população”.

Desse modo, a crise de legitimidade<sup>214</sup> está ligada à de representatividade. Ambas têm que lidar, de um lado, com a questão premente de saber “se” e “em que medida” as leis, as políticas e os programas estatais/governamentais<sup>215</sup> estão refletindo os anseios sociais e, de outro, com a constatação acerca da incapacidade da democracia representativa e de seus instrumentos para a *tradução* de tais anseios.

Ao abordar a crise da eficácia do ordenamento jurídico, Bittar (2009, p. 212) explica que

A crise aqui é vista como um problema estrutural, capaz de abalar os próprios fundamentos do direito vigente, ou mesmo, capaz de significar a desrazão de toda a arquitetura jurídica projetada para sua aplicação sobre a realidade social. Quando o

---

<sup>213</sup> Citação já realizada pela autora (CANUT, 2011, p. 147).

<sup>214</sup> Para Leal, “é inegável que na maioria dos países de democracia liberal ou neoliberal, como o Brasil, o *sistema de representação político-institucional vive um processo de crise de legitimidade, que se expressa na abstenção eleitoral, na apatia e não participação político-social, bem como nos baixos índices de filiação partidária.*” (LEAL, 2006, p. 32, grifo nosso).

<sup>215</sup> Nesse sentido: “A crise de legitimação ocorre, assim, não apenas quando as demandas crescem em proporção maior do que a quantidade de valor disponível, mas também quando as expectativas não podem ser satisfeitas no contexto da administração.” (BENTO, 2003, p. 57).

sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituoso fluxo de divergentes interesses, torna-se inábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e de mediação regulamentada dos interesses sociais (convergentes e divergentes).

No campo de compartilhamento de poder e de negociações com outros centros de decisão (principalmente do mercado financeiro e comercial internacional), a intervenção mais direta do Estado nos meios social e econômico tornou-se mais complexa, mais difícil e por vezes impossível, gerando imensas dificuldades para o Estado cumprir os seus compromissos com o bem-estar social<sup>216</sup> (OLIVO, 2004, p. 135).

Diante disso, fica explícito o desafio<sup>217</sup> de resgatar a legitimidade do Estado e do direito – objetivo almejado em meio ao panorama marcado inicialmente pela desregulamentação, em seguida pela reforma regulatória e, assim, pelo abandono de setores estratégicos da sociedade em virtude das crescentes pressões e exigências do mercado mundial.

Para compreender as dificuldades enfrentadas nos setores sociais, como o da saúde, em virtude dessas transformações, torna-se imprescindível conhecer o cenário e os fatores que marcaram tanto a crise do Estado Social quanto o surgimento de propostas para tentar contorná-la. Fenômenos que ainda hoje se refletem na estruturação de ordens jurídico-políticas, apesar de terem emergido inicialmente na década de 70, se desenvolvido na de 80 e se concretizado e materializado nos anos 90 do século XX.

Na década de 70, frente à incapacidade do modelo de Estado Social de contornar a crise, ganharam espaço as propostas contrárias ao keynesianismo e às suas políticas intervencionistas. Nos anos iniciais, testemunhou-se a emergência de propostas neoliberais<sup>218</sup> de desregula-

---

<sup>216</sup> Conforme citação de Castells transcrita anteriormente.

<sup>217</sup> Já mencionado anteriormente.

<sup>218</sup> “Os EUA, sob o comando de Ronald Reagan, ao lado de Margareth Thatcher, na Inglaterra, foram os grandes defensores das políticas neoliberais nos países desenvolvidos. [...] Neste sentido, neoliberalismo e globalização formavam o par ideal para o desenvolvimento pleno do livre mercado.” (BAGGIO, 2006, p. 55)



mentação e de reforma regulatória<sup>219</sup>. A desregulamentação foi substituída,

Baggio ressalta, ainda, que a implantação de tais políticas só ocorreria no início dos anos 80, período de dificuldades para a superação da crise. Ela menciona que, nos Estados Unidos, as políticas para a minimização da atuação do Estado se deram em 1994, com Bill Clinton. Tendo esse presidente, em 1996, anunciado a *Welfare Reform*. Com tais transformações, ao lado das propostas de descentralização, concretizou-se uma reestruturação que foi denominada *New Federalism* (BAGGIO, 2006, p. 55-58).

Além disso, a autora destaca que a inclinação de descentralização nos países europeus nos anos 70 e 80 marca a tendência de minimização das funções estatais frente à crise do *Welfare State* (BAGGIO, 2006, p. 67-68).

“As experiências de reformas neoliberais na Europa Ocidental e nos Estados Unidos serviram de influência para a reestruturação econômica e política dos países do leste europeu após a queda do regime socialista entre 1989 e 1991. As lideranças políticas da Europa oriental – na Rússia, na Polônia e República Tcheca – seguiram à risca a receita neoliberal de Hayek e Friedman, promovendo reformas ainda mais radicais de desregulamentação, privatização, desemprego, estratificação e polarização sociais que seus novos parceiros do ocidente. [...] Por fim, a América Latina tornou-se o palco de novas e sistemáticas experiências neoliberais. Abstraindo-se da experiência chilena, verdadeiramente pioneira ainda na década de 1970, sob a ditadura de Pinochet, e da Bolívia em 1985, a grande virada neoliberal somente ocorre e se estende de forma generalizada por toda a América Latina no final da década de 1980 com Salinas no México, em 1988, Carlos Menem na Argentina, em 1989, Fujimori no Peru e Fernando Collor no Brasil, em 1990. De modo geral – e a curto prazo – tais governos levaram a efeito com considerável êxito políticas de controle da inflação, privatização, desregulamentação da economia e desemprego” (BENTO, 2003, p. 45-46).

219

**“Objectives of regulatory policy”:** “All regulatory policies are based on a mix of economic, legal, and public management principles. The underlying policy objectives sought are largely common among OECD countries, though the emphases may differ widely, reflecting their different specific circumstances. The main objectives underlying regulatory policy are: \*Increasing social welfare by better balancing, and more effectively delivering, social and economic policies over time. \*Boosting economic development and consumer welfare by encouraging market entry, innovation, and competition and thereby promoting competitiveness. \*Controlling regulatory costs so as to improve productive efficiency by reducing unnecessary costs in particular for Small and Medium-sized Enterprises. \*Improving public sector efficiency, responsiveness, and effectiveness through public management reforms. \*Rationalising and restating the law. And \*Improving the rule of law democracy through legal reforms, including improved access to regulation, reduction to excessive discretion of regulators and enforcers, which is a key source of corruption.” (OECD, 2002, p. 28).

em 1980<sup>220</sup>, e 1990, pela reforma e pela gestão regulatórias e, ainda, posteriormente, pelo desenvolvimento da agenda regulatória (OECD, 2006, p. 67-68; 20).

A reforma da gestão pública da década de 80, marcada pela emergência das políticas regulatórias e a sua adoção por alguns países da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – indicou a transformação do modelo de Estado interventor em Estado regulatório (ou governança regulatória). Na segunda metade da década de 90, observou-se o crescimento massivo de tais políticas (OECD, 2002, p. 10; 16).

A constatação de que o Estado não deveria recuar, e sim ser reestruturado, alicerçou a ideia do Estado regulador, segundo a qual este deixaria de ser o produtor de bens e serviços e passaria a controlar, a fiscalizar e, também, a estimular a construção de condições físicas, institucionais e jurídicas necessárias para a atuação empresarial dos agentes que se tornariam responsáveis pela produção de tais bens e serviços (MACHETE, 2002, p. 28).

Assim, “a partir da década de 1990, deslocamentos teóricos no interior da teoria neoliberal apontam para a necessidade de reconstrução do Estado, tomando-o como parte da solução para a crise e não mais unicamente como problema” (BENTO, 2003, p. 245).

Segundo a OCDE, no relatório do ano de 2002, a ideia de que se vive numa era de desregulamentação é mito, já que o mercado liberal não requer esta e, sim, um regime regulatório mais sofisticado. Por isso a privatização significa, ao contrário do que se afirma, mais regulação e não menos. Está, por exemplo<sup>221</sup>, voltada para a criação tanto de novas instituições regulatórias quanto de regimes para fomentar o mercado recém-competitivo (OECD, 2002, p. 22).

O *Estado regulador* tornou-se tendência presente em muitas propostas de alterações da estrutura interna do Estado. Baseou-se na ideia

*“The major employed to improve the efficiency and effectiveness of regulation include regulatory impact analysis (RIA), the systematic consideration of regulatory alternatives, public consultation and improved accountability arrangements”* (OECD, 2002, p. 11).

<sup>220</sup> Recordar-se que nos anos 80, período no qual se denominou globalização, os diversos Estados nacionais foram submetidos, sem condições de escolha, a programas orientados pelo consenso de Washington para a estabilização econômica. Dentre as iniciativas a serem adotadas constavam: a desregulamentação, a mudança na legislação e a privatização (OLIVO, 2004, p. 118).

<sup>221</sup> No texto original é citado o exemplo do Reino Unido na década de 1980.

de que seria necessário um modelo de Estado “reduzido” e “elegante” para substituir o “*big government*” do Estado Social. O que seria possível com a substituição dos caros e ineficientes serviços e administrações do Estado por esquemas privados empresariais (CANOTILHO, 2008, p. 143).

No contexto dessa Reforma surgiram as propostas de outra: a Reforma dos Sistemas de Saúde. Esta emerge conectada à crise dos sistemas de proteção, desdobramento da própria crise do Estado Social.

Tendo em vista a crise econômica dos anos 70 e as propostas reformistas, a agenda principal dos debates sobre os modelos de proteção social dessa década passou a contemplar temas como: “o ajuste fiscal, a globalização dos mercados e a política para contenção dos custos, com ênfase em estudos de abordagem econômica dos sistemas de proteção” (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 88). Além disso, nesse cenário as análises em torno da política de saúde passaram a ser feitas com base nas discussões sobre eficácia e efetividade das políticas.

A década de 80 foi um período de grandes transformações. No cenário de aprofundamento da crise dos sistemas de proteção, ao mesmo tempo que os Estados-membros da OMS ainda contavam com as contribuições dessa organização para desenvolverem normas práticas para seus sistemas de saúde, eles também se deparavam com propostas mais específicas que começavam a surgir com vistas ao ajuste das políticas. Assim, é nesse período que, com a inclusão do Banco Mundial nos debates sobre saúde e com a ampliação do papel das agências internacionais na orientação da política de saúde mundial, as recomendações de reformas desses sistemas se disseminaram em diferentes países. Foi então que o Banco Mundial substituiu, já em fins dos anos 80, a OMS no papel de liderança nos debates da política de saúde (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 89).

Já nos anos 90<sup>222</sup>, especificamente

---

<sup>222</sup> “No final da década de 1990 e o início dos anos 2000, após praticamente duas décadas de crise e proposições de reforma, surgem estudos analisando os resultados obtidos a partir de mudanças introduzidas nos sistemas de proteção dos países. As análises empreendidas revelaram que os países desenvolvidos e com sistemas de proteção sólidos não implementaram as reformas na mesma proporção em que discutiam as propostas.” (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 92). Um exemplo de tais análises consiste no documento do Conselho Econômico e Social da OCDE elaborado sob o título de *A Reforma dos Sistemas de Saúde. Análises comparada de sete países da OCDE*. (OCDE, 1995).

[...] em 1993, o Banco Mundial divulga o relatório *Investindo em Saúde* (World Bank, 1993), no qual apresenta propostas de políticas que mostravam a necessidade de ajustes econômicos e estruturais do setor saúde, *com o financiamento da atenção pelo capital privado e a crítica contundente à universalidade do acesso à saúde*. A estratégia adotada pelo Banco foi a de ofertar idéias e difundir experiências exitosas a fim de mobilizar o debate sobre as perspectivas de reforma dos sistemas de saúde, especialmente nos países em desenvolvimento (Mattos, 2000). (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 89-90, grifo nosso).

A participação do setor privado, sob as diferentes perspectivas, nos sistemas de saúde, é marcante nas propostas de Reforma. Cohn (2008, p. 233) observa que até mesmo em países com sistemas estatais, como a Inglaterra, têm sido reformados para incorporação de prestação de serviços privados de saúde. A autora destaca que, além dessas mudanças alterarem a composição entre o público e o privado “no sistema de oferta e de acesso dos diferentes segmentos da população aos serviços de saúde com distintos níveis de complexidade”, elas resultam em questão essencial: de garantir a saúde como direito de todos e dever do Estado ou não.

As iniciativas ora descritas, engendradas com o escopo de “modernização do Estado” e da administração pública<sup>223</sup>, significaram, então, a “desconstrução” do setor público estatal e receberam, em alguns casos, a denominação de “*New-public-management*”. Elas foram responsáveis pela mudança paradigmática diante da desmistificação do Estado Social e da substituição desse modelo, ainda dominante na maior parte das análises sobre Estado, pelo paradigma econômico que estabelecerá: “a revogação do ‘código constitucional’; o *não* ao ‘Estado máximo’ e o *sim* ao ‘Estado mínimo’; o *não* ao ‘dirigismo estatal’ e o *sim*

<sup>223</sup> Bucci (2006, p. 29) observa que “O sentido da exaustão dos modelos também não é o mesmo em todos os lugares. Os movimentos de reforma administrativa geram reflexão em torno de três idéias principais: 1ª) a crise de algumas noções de direito administrativo, tal como as estudamos até hoje; 2ª) a variedade de soluções geradas em cada um dos países que viveram a sua reforma administrativa; 3ª) a força ou fraqueza política dos processos de reforma, segundo a presença e vitalidade do Estado, da Administração Pública, das instituições e da sociedade civil”.

apenas à ‘supervisão’; o *não* ao voluntarismo político e o *sim* à racionalidade económico-decisória; o *não* à retórica política e o *sim* à resolução económica de problemas concretos” (CANOTILHO, 2008, p. 143-145).

Tendo em vista o contexto português, Machete (2002, p. 31; 28-29) afirma que no âmbito dos serviços públicos tais alterações manifestaram-se, ainda, da seguinte maneira: “em consequência destes movimentos e pressões sumariamente descritos, a concorrência sucedeu ao monopólio e a regulação à tutela administrativa” – cenário em que o princípio segundo o qual cabe ao Estado, como direito e dever, a realização de direitos fundamentais como a educação, saúde e seguridade social foi abandonado.

Bento (2003, p. 107) descreve o cenário da seguinte forma:

Com efeito, trata-se, por um lado, de separar o núcleo estratégico do Estado, formulador de políticas e que delibera sobre os rumos do desenvolvimento (navegadores), do corpo da administração pública responsável pela implementação das políticas e pela prestação dos serviços públicos (remadores); por outro, o objetivo é reduzir a atividade do governo e da administração pública à formulação de normas que regulem as atividades económicas e a prestação de serviços públicos, deixando que a prestação direta propriamente dita fique a cargo do setor privado ou das parcerias do Estado com a sociedade civil.

As alterações nas funções estatais até aqui mencionadas, a redefinição do seu papel, refletem-se na Administração Pública, que é “a máquina que o faz funcionar, o aparelho que realiza ou executa a atividade material no seu âmbito interno” (BUCCI, 2006, p. 2). E, também, indicam o surgimento de “novos instrumentos de gestão, novos âmbitos de conflito político, novos atores, novas instituições, novas formas de responsabilização e nova cultura político-administrativa.” (BENTO, 2003, p. 108).

Diante de tantas transformações, imposições e desafios, que levam alguns autores a anunciar e proclamar a morte tanto do Estado Social quanto da Constituição social, Canotilho (2008, p. 145) questiona: qual Estado e Constituição ficam, o Estado e a Constituição “pós-heróicos?”<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> O autor denomina heroico o Estado hierarquicamente intervencionista e de pós-heroico o Estado supervisor (CANOTILHO, 2008, p. 147-148).

Ao considerar o cenário cada vez mais complexo e concorrencial em que o Estado se insere, em meio à “rede de poderes públicos”, no qual a soberania sofre restrições e devoluções, e no qual também se dá, cada vez mais, a abertura de fronteiras, Miranda (2010, p. 10) admite que o Estado não consiga mais assumir as funções que antes lhe eram atribuídas. Mas ressalta que isso não significa o seu esvaziamento.

Canotilho (2008, p. 42) afirma que a falta de atratividade – tanto teórica, metódica, quanto dogmática – da “velha” teoria do Estado não significa que a categoria jurídica e política do Estado deva ser esquecida. Exige, ao contrário, um repensar do próprio Estado. Miranda (2010, p. 10) considera que “não se antevê um modelo alternativo de organização ou um sistema coerente de entidades públicas ou privadas que” substitua o Estado.

O surgimento de vários adjetivos para o termo Estado comprova o quadro de transformações: o *Estado supervisor e estrategista*, no qual a supervisão é a tarefa básica do ente estatal; o *Estado garantidor*, que diante da privatização das funções estatais torna-se também *Estado responsável* pelos resultados das iniciativas privadas; o *Estado regulador*, já abordado, que seria responsável por institucionalizar entidades independentes que têm competência para estabelecer regulamentos, regras e resolver conflitos de determinado setor; o *Estado contratualizador* que se refere ao “novo Estado administrativo”, o qual estabelece contratos com seus funcionários a exemplo das contratações do setor privado; o *Estado econômico* em substituição do Estado financeiro e fiscal (CANOTILHO, 2008, p. 242-244).

Diante de todo o panorama apresentado, a teoria da Constituição dirigente de Canotilho passa a ser revista pelo próprio autor. Diante das transformações mencionadas ele considera que o “direito constitucional passou de disciplina dirigente para disciplina dirigida”<sup>225</sup>. Isso porque sua função de direção teria passado para outras instâncias que não o Estado, que não a Constituição, a exemplo das organizações e esquemas neocorporativos<sup>226</sup> (CANOTILHO, 2008, p. 161; 183). Trata-se, em

---

<sup>225</sup> Para o autor, são “*disciplinas dirigentes* aquelas que desenvolvem autonomamente paradigmas, conceitos, teorias e teoremas. Designaremos por *disciplinas dirigidas* aquelas que recorrem a *transfers* paradigmáticos e conceituais para estruturarem a sua arquitectónica teórica [cita Rottleuthner].” (CANOTILHO, 2008, p. 183).

<sup>226</sup> O autor ressalta outros fatores fundamentais da crise das constituições dirigentes como, por exemplo: o fato de ter colocado o Estado na posição de “homem de direcção” exclusiva e de ter utilizado o direito como instrumento dessa direcção; o desconhecimento do “*alto grau de diferenciação*

verdade, do processo já mencionado de compartilhamento do poder estatal com outros entes.

Assim, torna-se clara a necessidade de nova teoria da Constituição, a ser elaborada levando-se em conta o risco de o direito constitucional não só perder centralidade e característica de “*direito político e para o político*”, mas também de ser rebaixado a um “*direito residual*” (CANOTILHO, 2008, p. 185). Ou seja, o

‘Direito do resto do Estado’, depois da transferência de competências e atribuições deste, a favor de organizações supranacionais (União Européia, Mercosul). Direito do resto do ‘nacionalismo jurídico’, depois das consistentes e persistentes internacionalizações e globalização terem reduzido o Estado a um simples ‘herói do local’. ‘Direito dos restos da auto-regulação’, depois de os esquemas regulatórios haverem mostrado a eficácia superior da auto-regulação privada e corporativa relativamente à programática estatal. ‘Direito dos restos das regionalizações’, depois de as várias manifestações dos ‘estados complexos’ (federais, regionais) exigirem a *inclusão* de outros entes, quase soberanos, nos espaços unitarizantes da soberania estatal.<sup>227</sup> (CANOTILHO, 2008, p. 185)

O autor dedica-se, então, à construção de uma teoria sobre o constitucionalismo global<sup>228</sup>. Que está relacionado à regulação de ativi-

---

da estatalidade pluralisticamente organizada” e o desconhecimento de outras formas de direção que não o direito estatal; o fato de ter se fundamentado no dogma do “Estado-soberano” (CANOTILHO, 2008, p. 107-109).

<sup>227</sup> Nesse contexto, Canotilho (2008, p. 110) afirma que: “A ‘internacionalização’ e a ‘europeização’, no caso português, e a internacionalização e a ‘mercosulização’, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”.

<sup>228</sup> Que envolve os temas do constitucionalismo multinível ou interconstitucionalismo; a governação transnacional e o constitucionalismo cibernético (CANOTILHO, 2008, p. 261).

dades sociais ligadas à digitalização, à privatização e à rede global, e que deve levar em consideração algumas “*rupturas* paradigmáticas”: a) superação da referência Constituição-Estado; b) “[...] apreender o sentido e limites do chamado ‘constitucionalismo evolutivo’”; c) “passar de um sistema constitucional hierárquico-normativo para [...] multipolar de ‘governance’ constitucional” (CANOTILHO, 2008, p. 283-300)

Diante do panorama apresentado sobre o jurídico e o político na fase transicional e da necessidade de nova teoria da Constituição, e até mesmo do constitucionalismo global, ora citado, serão abordadas no presente trabalho apenas as dificuldades nacionais.

Recorre-se à lição de Miranda (2010, p. 11), segundo a qual,

[...] por importantes que sejam a cooperação e mesmo a institucionalização da vida internacional, o constitucionalismo global não se oferece sucedâneo do constitucionalismo nacional<sup>229</sup> nem o Direito internacional constitucional (*jus cogens*, Carta das Nações Unidas, estatutos do Tribunal de Justiça e do Tribunal Penal Internacional) equiva-le a uma verdadeira e própria Constituição proveniente de um qualquer poder constituinte.

Dessa forma, delimitando o trabalho ao constitucionalismo de âmbito nacional, e tendo em vista os exames até aqui elaborados, verifica-se que a configuração do modelo jurídico-político na fase de transição paradigmática, apesar de todas as transformações que introduz, ainda apresenta inadequações para lidar com os desafios impostos pelos direitos de dimensão coletiva – como o direito à saúde – e pela crise de legitimidade e representatividade do Estado e do direito.

Associa-se essa inaptidão ao fato de a ordem jurídico-política pós-moderna manter-se “amarrada” a configurações e orientações da ordem moderna, na qual apenas o Estado e o indivíduo (ou grupo deles) são sujeitos de direito e na qual os bens são públicos (estatais) ou privados.

Essa é a lógica que ordena todo o modelo jurídico-político mesmo em tempos pós-modernos. E é ela que inviabiliza a autonomização e o tratamento próprio aos bens coletivos, como é o caso da saúde. Isso porque tais bens não se encaixam na esquematização dicotômica moderna. Donde decorre a falta de instrumentos apropriados para o exercício e tutela dos direitos coletivos conectados a eles.

---

<sup>229</sup> O autor faz referência a Canotilho.



A crise de legitimidade do Estado e do direito, que refletem a crise da própria representatividade, como relatado, reforça a necessidade de tais instrumentos. Isso porque exige novas formas de relação entre a sociedade e aquilo que lhe pertence e, conseqüentemente, entre a sociedade, indivíduos e Estado.

Nesse contexto, o direito à saúde cobra não apenas a sua concretização individual, já enfatizada pela normatividade advinda do neo-constitucionalismo – que garante seu cumprimento por meio de políticas públicas ou decisões judiciais –, mas também o seu exercício e proteção coletivos, enquanto um bem que pertence a todos, bem propriamente coletivo e extrapatrimonial.

Essas observações finais significam, de acordo com citação de Morin apresentada nas páginas iniciais deste título, que a ordem jurídico-política pós-moderna, apesar de reconhecer a inoperatividade da ordem moderna e de ter introduzido novas categorias e conceitos, ainda não conseguiu identificar e alterar as reduções e disjunções executadas por aquele paradigma. Não conseguiu estabelecer o modelo conjuntivo e complexo, característico da pós-modernidade.

Essa constatação se traduz na falta de instrumentos ou mesmo teorias que viabilizem tratamento próprio aos bens que pertencem a todos, como a saúde. Tratamento que não se deduz apenas do reconhecimento, mas que exige novas teorias e elementos que consigam abranger as conseqüências provenientes de tal reconhecimento. Que exige, enfim, que o modelo jurídico-político, sob lógica complexa e inclusiva, se enraíze efetivamente em paradigma e possa atuar enquanto tal.

### 1.3 O JURÍDICO-POLÍTICO PÓS-MODERNO ENQUANTO PARADIGMA: MODELO PARA O EXERCÍCIO E A TUTELA PARTICIPATIVOS DO DIREITO COLETIVO À SAÚDE

As elucidações elaboradas nos tópicos anteriores demonstraram que a pós-modernidade marca profundas transformações no modelo jurídico e político moderno. No entanto, mesmo diante das modificações já constatadas, o período transicional ainda apresenta quadro geral de inadequação de conceitos, de formas de conhecimento, de orientações e ações que já não correspondem às realidades e concepções que passaram a ganhar centralidade no novo paradigma. O que conduz, conforme já explicado, à sensação de crise. Trata-se de crise não somente da teoria

jurídico-política reinante, mas do próprio princípio de explicação elementar que está por trás<sup>230</sup> (MORIN, 2001, p. 70).

O reconhecimento da dimensão coletiva do direito à saúde ilustra perfeitamente esse cenário. Enfrenta-se uma situação em que, de um lado, há o reconhecimento da saúde como direito de todos, como bem coletivo, nova categoria paradigmática característica do novo constitucionalismo. Mas, de outro lado, os princípios modernos não viabilizaram o desenvolvimento de conceitos, teorias, orientações e instrumentos *capazes de integrar* efetivamente essa nova categoria, com suas particularidades, no panorama jurídico e político.

Constata-se a simples inclusão num quadro que, apesar de apresentar grandes inovações, continua a nortear-se pelas diretrizes modernas, tão bem arquitetadas em função e por orientação da propriedade privada dominial, que ainda se sustenta enquanto princípio de explicação elementar<sup>231</sup>.

A modernidade confeccionou esquema dicotômico no qual há espaço apenas para o público-estatal e para o privado e, assim, para atuação do Estado e do indivíduo (ou sociedade de indivíduos) – panorama que reduziu o coletivo ao público-estatal e que não sofreu modificações significativas na fase transicional. Esse esquema se mantém ao longo dos tempos e está a recepcionar o direito coletivo à saúde sob a lógica reducionista e simplificadora que não alcança a complexidade exigida pelos bens coletivos e que se torna, evidentemente, inepta para o seu tratamento.

A manutenção dessa lógica moderna, como eixo diretor da organização dos elementos pós-modernos, impõe dificuldades para o estudo, compreensão, exercício e tutela do direito coletivo à saúde ou de qualquer outro direito da mesma espécie.

Os novos elementos e categorias paradigmáticos, já traçados no título anterior, estão exigindo ordem jurídico-política realmente pós-

---

<sup>230</sup> Na passagem de sua obra, o autor está a se referir à teoria científica. Ele trabalha com o seguinte exemplo: “No início do século, por exemplo, houve uma grande crise com a física quântica. Por quê? Porque ela colocava um princípio fundamental que punha em xeque um outro princípio que parecia válido universalmente, o do determinismo universal. A disputa levava à época da indeterminação e do determinismo. E, para a maioria dos cientistas, dos físicos da época, a microfísica parecia uma regressão do conhecimento, já que se entrava no desconhecido, no indeterminado.” (MORIN, 2001, p. 70).

<sup>231</sup> Como explicado no título 1.1.

-moderna, capaz de lhes fornecer tratamento próprio, concebido de diretrizes que não sejam disseminadas dos comandos da propriedade privada. É isso que o direito coletivo à saúde se presta a cobrar.

Isso significa e aponta a necessidade de a pós-modernidade jurídico-política, assim como o paradigma geral no qual ela se situa, assumir-se efetivamente enquanto paradigma<sup>232</sup>, ou seja, de avocar a *função de nortear* as formas de pensamento, de conhecimento e de práticas jurídicas, políticas e sociais segundo nova lógica, complexa<sup>233</sup> e inclusiva, que “ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais” (MORIN, 2001, p. 138). Que seja capaz, então, de reintegrar o coletivo ao lado do individual e do público-estatal, superando as orientações restritivas, formais, abstratas e simplificadoras do paradigma moderno.

Para que o modelo jurídico-político pós-moderno assuma verdadeiramente a função paradigmática, não basta a revisão de conceitos, categorias e relações por meio de (re)formas em suas estruturas ou fachadas. Precisa-se recompor o alicerce sobre o qual eles se fundaram, no qual se encontra o princípio explicativo fundamental das teorias<sup>234</sup>.

Elabora-se tal constatação tendo em vista que o paradigma não resulta das observações. Ele é, de alguma forma, “aquilo que está no princípio da construção das teorias, é o núcleo obscuro que orienta os discursos teóricos neste ou naquele sentido”<sup>235</sup> (MORIN, 2001, p. 46).

Em virtude disso, é preciso (re)ver a base sobre a qual o paradigma jurídico-político moderno se ergueu e ainda se sustenta para executar suas orientações. Isso para que seja possível apreender o porquê de sua organização, da centralidade de alguns de seus elementos e categorias e, particularmente, das operações de disjunção, redução e simplificação. É preciso, então, rever as operações paradigmáticas realizadas com base na lógica disseminada pela propriedade dominial.

---

<sup>232</sup> Vide explicação no início do tópico 1.1 a respeito da abrangência e compreensão do termo paradigma.

<sup>233</sup> Conforme citação de Morin, referenciada no tópico 1.2, a dialógica complexa ainda não se enraizou enquanto paradigma. Dessa forma, a pós-modernidade, em termos gerais e não só no aspecto jurídico-político, enfrenta o desafio de assumir essa complexidade.

<sup>234</sup> Conforme mencionado nas linhas iniciais deste título.

<sup>235</sup> Como já explicado no título 1.1.

Essa tarefa não consiste na simples modificação do conceito de propriedade, mas sim na remodelação do paradigma político e jurídico que se formou sob sua direção (PILATI, 2011, p. 15).

Para tanto, serão observados alguns legados do arquétipo moderno e a proposta de sua (re)visão para, na sequência, apresentar-se a teoria e estruturação do paradigma jurídico-político pós-moderno apropriado para o tratamento do direito coletivo à saúde. Um modelo capaz de assumir-se enquanto paradigma.

No tópico anterior, mencionou-se que na pós-modernidade a propriedade domínio perde a centralidade tanto como fator de riqueza quanto como sistema e como ordem jurídica. Referiu-se ao novo conceito de propriedade: a coletiva extrapatrimonial (PILATI, 2011). No entanto, apesar da importância desse recente conceito, ele não recebeu, ainda, a devida atenção. Pôde-se perceber que essa mudança de perspectiva no tratamento da propriedade não apareceu como tema central do título precedente.

A falta de percepção em relação a essa nova abordagem permite que as diretrizes da ordem jurídico-política moderna, proprietária e dicotômica, mantenham-se e disseminem-se pelos subterrâneos da pós-modernidade, impondo empecilhos e evitando a criação de um “lugar” próprio para o coletivo, de modo que ele possa se equilibrar entre o público e o privado e se articular com ambos. Nesse quadro, o eixo de orientação moderno – a propriedade privada – permanece inquestionado.

No tópico 1.1, destacou-se que a propriedade privada, ao orientar a configuração das relações entre Estado x indivíduo x sociedade, operou a simplificação e redução do quadro jurídico-político, conformando-o a estrutura dicotômica com a existência, de um lado, do Estado – dirigido pelo regime jurídico de direito público – e, de outro, do indivíduo ou sociedade de indivíduos – conduzido por regime jurídico de direito privado. Nessa lógica, configuraram-se duas esferas de atuação claramente distintas e autônomas, a pública e a privada, que haveriam de se comunicar por meio do modelo de democracia representativa que selou a divisão entre ambas.

Nesse contexto, a própria formação do Estado como pessoa jurídica de direito público<sup>236</sup> serviu para a institucionalização e legitimação da propriedade privada. O Estado, assim considerado, como ente abstrato que se diferencia tanto do cidadão quanto da coletividade, não

---

<sup>236</sup> Conforme já citado, também no tópico 1.1, com base nos ensinamentos de José Isaac Pilati.

só viabilizou e legitimou a apropriação privada *erga omnes*, mas concedeu-lhe ainda o aspecto de “vontade pública encarnada, autocrática”. Esse ente, *ficção* criada pela modernidade, esteve apto, então, a intermediar o público e o privado “ou, mais precisamente, a servir de instrumento de apropriação privada do coletivo” (PILATI, 2008a, p. 9; 2005, p. 58).

O “Código” foi, conforme já explicado no tópico 1.1, figura fundamental nesse processo. Como elemento central da modernidade, foi por meio dele que o Estado institucionalizou tais manobras e lhes imprimiu características de legalidade e legitimidade, pautado em critérios de abstração e universalidade.

A primeira explicação a se elaborar em torno do cenário ora descrito diz respeito a uma das grandes consequências da simplificação operada pelo paradigma jurídico-político moderno: a exclusão da Sociedade, da Coletividade do seu cenário. Nesse sentido, Grossi (2007a, p. 6) afirma que, no âmbito jurídico, a forte redução e contração da complexidade ao panorama formado somente por sujeitos individuais – no qual se tem, de um lado, o macrossujeito político e, de outro, o microssujeito privado – resultou na retirada de qualquer possibilidade de manifestação ou expressão jurídica da Sociedade. A esta, mesmo diante do caráter global e complexo, foi garantido papel de “pano de fundo inerte” no qual os seus atos apenas têm possibilidade de se tornar direito mediante o auxílio “do micro-sujeito privado no seu âmbito negocial ou do macro-sujeito público no seu âmbito normativo geral” (GROSSI, 2007a, p. 6)<sup>237</sup>. O que indica sua dependência em relação ao voluntarismo tanto individual quanto estatal.

Com a exclusão da Sociedade do plano jurídico, ela foi incapaz de ser reconhecida como titular dos bens coletivos que passaram, então, a esgotarem-se no âmbito do público, enquanto todo o resto era privado – cenário em que se suprimiu a dimensão participativa e abriu-se espaço para a atuação do representante da vontade e do interesse geral<sup>238</sup>, o

---

<sup>237</sup> José Isaac Pilati (2011, p. 25) também recorre a essa passagem na obra *Propriedade e função social na pós-modernidade*.

<sup>238</sup> Nesse sentido: “Para Poulantzas, o pessoal do Estado acredita-se representante da vontade e do interesse gerais, acima dos particulares; acredita na Administração Pública como motor da eficiência e do bem-estar geral; mas essa ideologia é intrínseca frustração, pois o Estado, permeado de contradições, raramente realiza tais aspirações, guiando-se, na ação e na omissão, segundo interesses de particulares poderosos.” (*apud* PILATI, 2011, p. 93).

Estado, sob perspectiva centralizadora e avessa à participação direta da população e ao pluralismo (PILATI, 2011, p. 92-93; 25-26).

Expulso da configuração paradigmática da modernidade, do plano estrutural, restou a esse coletivo o “clamor das ruas e à condenação moral da corrupção, das injustiças e dos abusos – sempre à mercê do moralismo individualista e frustrado” (PILATI, 2011, p. 36).

Essa redução da complexidade jurídica, provocada sob a orientação da propriedade privada, está presente e perpetuou-se pela classificação moderna dos bens. Da mesma forma que a Sociedade foi excluída dentre os sujeitos modernos, também os foram os *bens coletivos* da classificação jurídica. A instituição da propriedade domínio foi proporcionada pela criação de “um buraco negro na classificação de bens” que permitiu ao Estado apropriar-se dos *bens coletivos*. Modelo esse que, ao conferir a tutela coletiva aos órgãos estatais, assegurou, por um lado, a impossibilidade de atuação *corporativa da sociedade* no âmbito de tal defesa e, por outro, a atribuição de sua defesa ao ente que se adapta e se afeiçoa ao sistema (PILATI, 2008a, p. 10; 2005, p. 6-7).

A exclusão ora mencionada corresponde às coordenadas do paradigma descrito no tópico 1.1 que, de acordo com Morin ([1998], p. 271-272), elimina qualquer possibilidade de concepção complexa apta a associar duas posições contrárias. Aí o princípio do terceiro excluído encontra-se sob a dominação da “soberania da disjunção e pela exclusão de qualquer conjunção ou implicação possível que abriria uma terceira hipótese”. Diante desse quadro, percebe-se que, apesar de não decidir o tema, o paradigma decide sobre as alternativas e, assim, sobre a exclusão de qualquer terceira possibilidade.

Foi o que a modernidade fez com a Sociedade e com os seus bens: a dimensão da Sociedade foi contraída na cristalização estatal tendo sido, por um lado “sufocada pela totalidade macro-coletiva do Estado” e, por outro, “pela dialética exclusiva ‘Estado-indivíduo’” (GROSSI, 2007, p. 65).

José Isaac Pilati (2011, p. 20-21), ao abordar a questão do meio ambiente, resume as consequências do desenho até agora traçado:

Nesse figurino, a dicotomia público/privado realiza a apropriação do coletivo, que sai da esfera da Sociedade e desloca-se para as políticas públicas e o poder de polícia da esfera estatal. Nessa versão (do paradigma moderno), o ambiente fica meramente na esfera do dever, assunto de polícia, à

mercê do voluntarismo estatal. O sistema é centrado no indivíduo; outorga-lhe prerrogativa de atuar em tempo real, ao passo que a reação (por violação da lei ou do direito público-estatal) atua em descompasso, *a posteriori*; privilegia na essência a violação, e não o bem protegido. O Estado Social (prestacional) nunca alterou esse quadro.<sup>239</sup>

Num primeiro momento, a dicotomia público-privada deslocou o coletivo para o público-estatal, conferindo ao Estado o dever de exercê-lo e tutelá-lo, *em nome do interesse de todos*, por meio do poder normativo, de polícia e das políticas públicas.

Destaca-se que em tempos pós-modernos a perpetuação dessa lógica de apropriação assume novas vestes. Entre as décadas de 70 e 90, as reformas administrativas e do Estado – próprias da transição explicada no título 1.2 – viabilizaram e ainda estão a possibilitar que os bens público-coletivos já apropriados pelo Estado sejam, agora, transferidos para as mãos da iniciativa privada sob os argumentos da ineficiência do Estado em garantir o bem-estar e o interesse coletivo. Cuida-se do modelo em que a dicotômica público-privado se reforça perante novos conceitos como, por exemplo, o de terceiro setor, a ser mais bem analisado no título 3.1.

Do panorama apresentado, que retoma exames elaborados nos títulos anteriores, é possível perceber que a ausência de abordagem apro-

---

<sup>239</sup> E aqui se pode afirmar que a ideia de função social da propriedade que emerge no contexto desse Estado não mudou tal quadro. Nesse sentido, observa-se que “o problema do pensamento reinante está, pois, em não superar o paradigma tradicional da propriedade moderna; ele admite a função social, mas como componente interno do direito do proprietário, e por isso mesmo, sem força própria de atuação, atrelada ao voluntarismo estatal e ao poder de polícia” (PILATI, 2005, p. 65). Dessa forma, “para ter eficácia jurídica, a concepção de função social deve romper esse casulo da propriedade potestativa – nas mãos e à mercê do proprietário – e exteriorizar-se como bem jurídico autônomo coletivo, que é e representa, frente ao particular e frente ao próprio Estado (pessoa jurídica)” (PILATI, 2005, p. 65). “A ideia de função social é uma reação ao esgotamento do arquétipo da chamada propriedade moderna e seu modelo político-jurídico. Um modelo antropocêntrico, individualista, que desqualifica a natureza e o coletivo a objetos de apropriação, e que tem no Estado, como pessoa jurídica detentora do monopólio do público e da tutela do bem comum, um instrumento de legitimação.” (PILATI, 2005, p. 66).

priada acerca do direito coletivo à saúde, assim como de qualquer outro bem coletivo, deriva da falta de correspondência e, assim, do descompasso entre aquelas velhas formas políticas e jurídicas, construídas sob a direção da propriedade privada dominal e o momento atual da propriedade. De acordo com José Isaac Pilati (2011, p. 16-17), esse quadro leva à confusão dos doutos da atualidade já que, mesmo talentosos, em sua maioria, “o método que compartilham de modo geral como paradigma enreda-os na massa falida da Modernidade, e eles pretendem solucionar a obsolescência jurídica com paliativos da velha ordem superada”<sup>240</sup>. Assim, o arsenal daquele modelo não apresenta instrumental propício para lidar com questões e decisões relativas à dimensão coletiva do direito à saúde.

Com esse exame não se pretende dizer que a propriedade moderna só trouxe aspectos negativos e que deva ser abolida<sup>241</sup>. O grande desafio pós-moderno consiste na inclusão do coletivo no plano institucional (PILATI, 2011, p. 36-37) ao lado, e com mesmo peso, do privado e do público.

Trata-se de tarefa compatível com a própria complexidade que, conforme Morin (2001, p. 191), não nega as fantásticas aquisições unificadoras<sup>242</sup> da modernidade, mas que, entretanto, tem-nas como insuficientes para “conceber a extraordinária diversidade dos fenômenos e o devir aleatório do mundo”. O autor ressalta que “o conhecimento complexo permite avançar no mundo concreto e real dos fenômenos. Muitas vezes foi dito que a ciência explicava o visível complexo pelo invisível simples: porém, ela dissolvia totalmente o visível complexo e é com ele que nos enfrentamos”.

Pensando essa complexidade no campo jurídico e político, verifica-se que o tratamento do direito coletivo à saúde e, assim, o resgate da Sociedade para esse panorama, não nega as conquistas jurídico-políticas modernas. Questiona, no entanto, o seu caráter positivista, abstrato, de ordem e completude, de universalismo e formalismo que permitiu a

---

<sup>240</sup> Na citação supramencionada, o autor está a se referir à possibilidade de “tutelar o coletivo com instrumentos do CPC sem a revisão do arcabouço institucional”. Nesse sentido, “a crise não decorre da propriedade privada em si, mas da inoperância da ordem jurídica quanto a outra dimensão, a coletiva, da Pós-Modernidade” (PILATI, 2011 p. 47).

<sup>241</sup> Por isso, “tentar abolir ou reformar a propriedade comum codificada, em si e seus defeitos, é malhar ferro frio” (PILATI, 2011, p. 37).

<sup>242</sup> O autor refere-se à unidade das leis newtoniana, à unificação da massa e da energia, da unidade do código biológico.



simplificação e a redução, que tornou o visível complexo (Estado, sociedade e indivíduo) em invisível simples (Estado x indivíduos ou sociedade de indivíduos), dissolvendo a complexidade concreta de tais relações.

A recuperação do coletivo no plano jurídico-político envolve a própria (re)visão do eixo que orientou essa organização simplificadora: a propriedade dominial. Por isso, inicia-se a análise pela (re)visão da classificação da propriedade, ou seja, pela (re)classificação dos bens jurídicos. De modo que a categoria *propriedade coletiva extrapatrimonial*, da qual a saúde é espécie, passe a orientar, sob lógica complexa e integradora, as relações entre Estado, sociedade e indivíduo.

Nesses termos, para superar as reduções, simplificações e dicotomias (público/privado; Estado/indivíduo ou sociedade de indivíduos) provenientes do paradigma moderno, a pós-modernidade há que

[...] resgatar a complexidade do real, incluindo o terceiro elemento, obrando com tríades e trilógias: público/privado/coletivo; Estado/Indivíduo/Sociedade. Basicamente, a Pós-Modernidade será o resultado da inclusão do terceiro elemento, o coletivo, nos planos: filosófico, político e jurídico: filosófico, com um novo homem (como projetou Nietzsche); político, com uma nova *res populi*, a república participativa (como projeta a CRFB); e jurídico, com novas propriedades especiais constitucionais, a pautar-se por novas formas de exercício e tutela dos direitos. (PILATI, 2011, p. 1)

Esse panorama altera as configurações modernas até então reinantes. O reconhecimento da Sociedade como sujeito de direito autônomo, com capacidade *própria* de manifestação jurídica, garante a sua atuação ao lado dos dois grandes sujeitos modernos – Estado e indivíduo –, por meio de *procedimentos próprios*, voltados para o *exercício* e a tutela dos *bens coletivos extrapatrimoniais*. Procedimentos que independem do voluntarismo do indivíduo e do Estado, mas que se organizam com a participação de ambos, embora com novos papéis.

No quadro a ser superado, os bens coletivos confundem-se com os público-estatais que estão sob o exercício e a tutela do Estado. Por isso, a importância de procedimentos próprios, já que a dimensão de agora das decisões coletivas acerca de tais bens foi eliminada por meio da incorporação ao espaço estatal (PILATI, 2008a, p. 10).

O tratamento do coletivo da saúde na pós-modernidade deve levar em consideração toda a paisagem ora delineada. E, além disso, é preciso ter em conta que não se alcança o novo modelo jurídico-político, *enquanto paradigma*, por meio, unicamente, das lições, dos elementos, categorias e disjunções centrais da modernidade.

Santos (2000, p. 16-17; 19; 29) faz importante observação nesse sentido. Apesar de este trabalho não tomar a sua proposta<sup>243</sup> como base teórica, sua anotação acerca da impossibilidade de se desenvolverem hipóteses emancipatórias dentro do paradigma dominante<sup>244</sup>, ou seja, da sua incapacidade de responder problemas que ele mesmo cria<sup>245</sup>, torna-se relevante para as análises a serem desenvolvidas no presente título.

Segundo o autor, é nessa constatação que se encontra a complexidade de sua posição transacional<sup>246</sup>: “enfrentamos problemas modernos para os quais não há soluções modernas”. Esse é um desafio a ser enfrentado sob a perspectiva de “pós-modernidade inquietante ou de oposição”, segundo a qual a separação entre o caráter moderno dos problemas e o pós-moderno das soluções deve ser assumido e transformado “num ponto de partida para enfrentar os desafios de uma teoria crítica pós-moderna” (SANTOS, 2000, p. 16-17; 19; 29).

Compartilha-se em parte a posição do autor. Pois, apesar de se concordar que na pós-modernidade não cabem soluções modernas, não se adere à afirmação de que “de facto, podemos encontrar na moderni-

---

<sup>243</sup> Proposta a ser apresentada no tópico 3.1.

<sup>244</sup> Nesse sentido, ele considera que “em primeiro lugar a teoria crítica moderna é subparadigmática isto é procura desenvolver as possibilidades emancipatórias que ainda julga serem possíveis dentro do paradigma dominante” (SANTOS, 2000, p. 16-17).

<sup>245</sup> Sobre o assunto, ele afirma que: “as lutas paradigmáticas tendem a ser travadas, em cada geração, *como* se fossem subparadigmáticas, ou seja, como se ainda se admitisse, por hipótese, que o paradigma dominante pudesse dar resposta adequada aos problemas para que eles chamam a atenção. A sucessão das lutas e a acumulação das frustrações vão aprofundando a crise do paradigma dominante, mas, em si, mesmas, pouco contribuirão para a emergência de um novo paradigma ou de novos paradigmas. Para que isso ocorra, é necessário que se consolide a consciência da ausência das lutas paradigmáticas. Essa consciência é tornada possível pela imaginação utópica. A consciência da ausência é a presença possível das lutas paradigmáticas no seio das lutas subparadigmáticas” (SANTOS, 2000, p. 19).

<sup>246</sup> Da sua teoria acerca da transição paradigmática já referenciada no título 1.1.

dade tudo o que é necessário para formular uma solução, tudo menos a solução” (SANTOS, 2000, p. 74-75). Tampouco a de que os problemas a serem solucionados sejam apenas modernos, visto que muitos deles já podem ser configurados como pós-modernos.

Dessa forma, para a (re)visão da classificação de bens e das estruturas orientadas pela *propriedade dominial*, esta tese parte da constatação de que a modernidade é incapaz de fornecer tanto a solução quanto os elementos necessários para prescrevê-la. O que não significa lhe negar as conquistas, as categorias e os elementos ou mesmo os erros<sup>247</sup>.

A constatação da insuficiência dos preceitos modernos conduz a se adotar hipótese que tenha outros fundamentos. Parte-se, então, da teoria de José Isaac Pilati (2011, p. 41), segundo a qual se alcança a recuperação da dimensão coletiva suprimida pela modernidade por meio do contraponto<sup>248</sup> do direito romano clássico<sup>249</sup> como metodologia. O que significa “o resgate de uma experiência histórica em que a estrutura política e jurídica formalizava o coletivo em outro perfil – desestatalizado”.

Sob a perspectiva dessa nova concepção, o modelo para lidar com<sup>250</sup> o *coletivo* deve ter em vista a preservação das grandes conquistas

---

<sup>247</sup> Para José Isaac Pilati (2011 p. 38-39): “Essa discussão trava-se no contexto da transição de paradigmas [cita Boaventura], que os pensadores contemporâneos definem por Pós-Modernidade. O desmoronamento do projeto da Modernidade, em face da interação global imposta por novo momento do capitalismo, afeta a sistematização dos saberes, transforma as relações de poder e as utopias; mas se engana quem pensa que a solução da crise não se processe pela intencionalidade e pelo dinamismo do próprio sistema da Modernidade. Habermas (modernidade e pós-modernidade) destaca que em vez de renunciar à Modernidade e ao seu projeto como causa perdida, deveríamos aprender com os erros dos que têm intentado negá-la.”

<sup>248</sup> O autor afirma que “a emancipação do coletivo, como bem autônomo e como elemento indispensável das propriedades especiais constitucionais, com efeito, não se visualiza teoricamente, sem sair do paradigma moderno para contemplar o projeto da Pós-Modernidade de fora para dentro: a partir de uma revisão da leitura das fontes romanas feita pela Modernidade (dos códigos)” (PILATI, 2011, p. 41).

<sup>249</sup> Especificamente o Direito clássico que abrange o período político da República Romana, sem considerar a sua extensão para o período imperial.

<sup>250</sup> Para Grossi (2007, p. 150-151): “O resgate a ser realizado, em resumo, é o das sociedades intermediárias como momento autenticamente ‘político’. [...] Urge, ao contrário, tomar consciência de que a autêntica politicidade, aquela que não massifica e não empobrece o sujeito, está nas sociedades intermediárias. E hoje, período em que tanto se fala – e por sorte – de subsidiariedade, resta-nos fazer um salto qualitativo invertendo o eixo de valo-

da modernidade, como “liberdade, propriedade, Estado, Segurança Jurídica, justiça, democracia, Constituição e tudo o que se alinha com esses valores”, e, ao mesmo tempo, o restabelecimento do “equilíbrio e a harmonia das instituições entre o individual e o coletivo e o Estatal”. Isso para que seja possível restaurar a importância do direito frente aos novos problemas pós-modernos (PILATI, 2011, p. 36; 2).

O trabalho de José Isaac Pilati (2011, p. 5; 15; 40-41) é “essencialmente jurídico, voltado à prática dos direitos coletivos na ordem constitucional da República Participativa”. Seu ponto de partida é a constatação de que a Constituição brasileira de 1988 já se insere em realidade pós-moderna e participativa, o que, para ele, é perceptível diante das propriedades especiais constitucionais “que despontam sob a égide jurídica do coletivo e a aura política da participação”.

As propriedades especiais dividem-se, de acordo com o autor, em particulares<sup>251</sup> e coletivas. Estas se subdividem em propriedades especiais: patrimoniais (ética)<sup>252</sup> e extrapatrimoniais (coletivas propriamente ditas). É no âmbito das propriedades coletivas extrapatrimoniais, a categoria de propriedade especial mais notável, que se encontra a saúde, assim como o meio ambiente e o patrimônio cultural (PILATI, 2011, p. 50-66).

O direito coletivo à saúde, como propriedade coletiva extrapatrimonial, consiste em tipo de propriedade que não se limita ao modelo dominial sobre bem corpóreo. Ele rompe com o paradigma da propriedade moderna e exige dos doutrinadores novas classificações para que a ordem constitucional possa se concretizar (PILATI, 2011 p. 5; 15; 40-41).

As propriedades especiais, de modo geral, devem ser exercidas de modo a conciliar o individual, o público e o coletivo<sup>253</sup>. Quando seguem

res trazidos e dando efetividade à consciência a que fizemos menção: não é tanto o Estado que graciosamente concede um espaço limitado às sociedades intermediárias, mas são as sociedades intermediárias – finalmente livres no que concerne à sua operatividade dentro das raízes do social – que encontram no forte aparelho estatal um precioso suporte.”

<sup>251</sup> Nesta categoria estariam: a propriedade urbana, a propriedade especial rural, a propriedade intelectual, a propriedade especial público privada.

<sup>252</sup> Esta primeira subdivisão abrange três espécies: a propriedade indígena, a propriedade quilombola e propriedade de reservas extrativistas por populações tradicionais.

<sup>253</sup> Estas propriedades especiais, nas diferentes categorias, englobam o coletivo como elemento estratégico (PILATI, 2011, p. 67).

essa lógica, promovem, de um lado, o rompimento com a “departamentalização fechada em ramos, dicotomizada em público/privado e pessoal/real; [...]” e, de outro, a relativização tanto do “indivíduo como interlocutor, mediante a titularidade coletiva”, quanto do próprio objeto da propriedade, que já não se limita a bens corpóreos<sup>254</sup> (PILATI, 2011, p. 41; 50).

Tudo isso indica uma estrutura proprietária configurada sob “moldes próprios e perfil diferenciado”, na qual o coletivo é elemento indispensável e que deve, em todos os casos de propriedades especiais, ser autônomo. Algo que só se alcança teoricamente fora do paradigma moderno. O que impõe, assim, a releitura do direito romano clássico para nova classificação de bens, pessoas e procedimentos aptos ao exercício e tutela de tais propriedades (PILATI, 2011, p. 41; 7).

Tendo em vista que a saúde se identifica como *propriedade especial extrapatrimonial*, ou coletiva propriamente dita, é no âmbito dessa espécie de propriedade que o presente trabalho concentrará as análises relativas ao resgate e autonomia da dimensão coletiva. Além disso, tais propriedades são a base constitucional da função social<sup>255</sup> na pós-

---

<sup>254</sup> Assim dispõe José Isaac Pilati (2011, p. 50): “a propriedade especial relativiza o indivíduo como interlocutor, mediante titularidades coletivas, como ocorre, por exemplo, na propriedade quilombola. Relativiza também o objeto da propriedade, que antes se restringia a bens corpóreos, e agora pode abranger verdadeiras entidades ou complexos de situações jurídicas coletivamente, inclusive com órgãos públicos ou interesses privados concorrentes, como se observa na reserva extractivista. É a relativização do próprio conteúdo do direito: numa o uso, gozo e disposição à mercê do voluntarismo individualista, e na outra a dependência de procedimentos e de decisões compartilhadas”.

<sup>255</sup> A função social é abordada no âmbito dos direitos fundamentais, em outra perspectiva, nos seguintes termos: “Em primeiro lugar, estabelece-se o reconhecimento de uma *função social* dos direitos fundamentais em geral. No conjunto desses direitos – e nalguns deles em especial – acentuam-se considerações objectivas, que contribuem para a definição do seu conteúdo e limites. Os direitos são menos individuais, porque já não são individualistas. É o que se passa, por exemplo, com o direito de propriedade, com a liberdade contratual ou a liberdade de empresa, cada vez mais dependentes de um enquadramento social imperativo. E é também o que acontece mesmo com certos direitos ligados à personalidade individual, que passam a ser *limitáveis* por essa mesma função social [cita vacinação, lei seca, proibição de fumar]” (ANDRADE, 2009, p. 60-61).

-modernidade<sup>256</sup> (PILATI, 2011, p. 65). É importante observar que o seu tratamento constitucional deriva do próprio contexto de direitos humanos e novo constitucionalismo descrito no título anterior.

A ideia da República e do direito romano clássico como contraponto da modernidade jurídica torna-se, então, elementar para romper a ideia de linearidade histórica entre realidades tão diversas e, principalmente, para superar a caracterização do sistema romano como individualista, segundo o sentido moderno<sup>257</sup>. Com a contraposição torna-se possível verificar que o sistema romano baseava-se num direito público exemplarmente concebido e estruturado. E que foi a sua derrocada, e não a sua inexistência em Roma, a responsável pelo nascimento do individualismo (PILATI, 2008a, p. 13).

Com base nas explicações supra, ressaltam-se dois pontos fundamentais sobre o contraponto romano, acolhido na esteira de José Isaac Pilati: 1) ele não envolve nenhuma tentativa de simplesmente transpor instituições e conceitos daquela época para o contexto atual; 2) concentra-se na observação da existência das *res publicae* e de regime próprio para lidar com elas, caracterizado por relações equilibradas entre as instituições políticas, por meio das quais o *populus* deliberava sobre os seus bens. É essa sistemática decisória, na qual a participação do *populus* era elemento fundamental, que oferecerá as *lições* para se (re)pensar a dicotomia público-privado e, assim, o exercício e a tutela dos direitos coletivos. Dessa forma, não se toma como referência o modelo de cidadania romana, que tinha sentido bastante restrito e excludente. Não é

---

<sup>256</sup> Uma versão muito diferente daquela função social citada no âmbito da modernidade no tópico 1.1. Na pós-modernidade, “a função social, então, atua no contexto estrutural: quando o exercício de um direito ou poder envolve ao mesmo tempo, em campo relacional, interesses das três esferas – sociedade-Estado-indivíduo [...]. Tem pertinência quando o exercício de direito extrapola seu âmbito: à semelhança das interferências entre vizinhos: o exercício é legítimo, porém, atinge e fere, por ação ou omissão, um interesse geral e maior que o titular não tem o direito de ferir ou de atingir.” (PILATI, 2011, p. 113).

<sup>257</sup> Oliveira (2000, p. 5) chama atenção para esse assunto. Em seu trabalho, em nota de rodapé, ela discorre que “Op. cit., p. 325, J. Arias Ramos e J. Arias Benet, op. cit., p. 231, relevam os alicerces desse *falso perfil individualista do conceito romano de propriedade*. Ele é obra dos pós-glosadores, que terão formulado o conceito a partir de definições, retiradas de textos de forma retalhada, muitas vezes produzidas em sede de outras matérias absolutamente distintas da propriedade”. (grifo nosso)

esse o foco do contraponto; ao contrário, este consiste no procedimento organizado em torno da *res publica* naquela época. Ou seja, na capacidade de organização do sistema político no qual se garantia a participação direta do *populus* em assembleias, sempre *ao lado* e de forma *equilibrada*, com as outras instituições políticas – o Senado e os magistrados – quando a situação envolvia um bem do *populus*.

Além disso, é importante superar as interpretações e leituras modernas que desconfiguram as características da Roma republicana<sup>258</sup> e do seu direito por meio de análises elaboradas sob a lógica de institutos da modernidade, da racionalidade proprietária, simplificadora e reducionista. O resgate a ser feito exige a “releitura daquele Direito Romano dos bancos escolares da Modernidade”. De modo a evidenciar que Roma contava com: direito público forte; instituições políticas participativas que atuavam de forma equilibrada e eram voltadas para o futuro; técnica jurídica que visava o justo e não abstrações legais (PILATI, 2011, p. 3-4).

Há necessidade de transpor ideias, como a de Bobbio (2009, p. 23), que reconhecem a importância do direito público somente a partir de quando ele se organiza como corpo sistemático de normas. Algo que teria surgido apenas na época de formação moderna do Estado e com raízes nos comentadores do século XIV<sup>259</sup> – tal direito teria, nesse contexto, surgido muito mais tarde que o privado<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> É importante ressaltar que o período em questão é o da República Romana. Nem a monarquia nem o império. Cada um desses períodos contemplaram organizações social e política completamente diferentes umas das outras, mesmo que a utilização de iguais terminologias possam ter sido aplicadas a contextos diferentes.

<sup>259</sup> Como exemplo, Bobbio (2009) cita o comentador Bartolo di Sassoferrato.

<sup>260</sup> O autor em referência continua a exposição acerca dessa visão a ser superada. Ele até menciona o direito romano. Referindo-se, ao que parece, ao período imperial e sem considerar o que o direito público realmente significava naquele período, ele expõe: “Por outro lado, enquanto as obras de direito privado – sobre a propriedade e sobre a posse, sobre os contratos e sobre os testamentos – são tratados exclusivamente jurídicos, os grandes tratados sobre o Estado continuam por séculos, mesmo quando escritos por juristas, dos *Seis livros da República* de Bodin (1576) à *Doutrina geral do Estado* (*Allgemeine Staatslehre*) de Jellinek (1910), a ser obras não exclusivamente jurídicas. Não que o direito romano não tivesse fornecido qualquer princípio significativo para a solução de alguns problemas capitais do direito público europeu, a começar da *lex regia imperio* [*Digesto*, I, 4, I] segundo a qual aquilo que o *princeps* estabelece tem a força de lei (*habet legis vigorem*) desde que o povo lhe tenha atribuído este poder, que é ori-

Considerações desse tipo, e que precisam ser superadas, dominaram o cenário jurídico e político moderno e se estenderam aos dias atuais. Fizeram com que se tornasse comum a afirmação de que os romanos foram “*gigantes no direito privado e pigmeus no direito público*” (CRETILLA JÚNIOR *apud* PILATI, 2008, p. 1-2).

Daí surge o questionamento: “A causa remota dessa assertiva estaria na precariedade das fontes?”<sup>261</sup> (PILATI, 2008, p. 1-2). Poletti (1996, p. 150) destaca que “a dificuldade do direito público romano está na ausência de normas explícitas, o que torna discutível a possibilidade de reconstrução de seus conceitos e princípios”.

Em sentido similar, Costa (1920, p. 5-6; 8) observa que, em virtude do verdadeiro modo de ser de Roma, seu direito público esteve organizado principalmente com base nos costumes e não era regulado – apenas em pequena medida existiam normas legais e escritas –, permanecendo desconhecido pela jurisprudência, que cresceu muito no final da República e nos três primeiros séculos do Império. Não havia até esse período literatura própria sobre direito público. Dessa forma, as escassas notícias sobre esse direito foram deixadas pelos historiadores e gramáticos do Império.

Tem-se, então, cenário que comprova a escassez de fontes e que revela o obstáculo para se conhecer melhor esse direito. No entanto, embora haja dificuldades nesse âmbito, José Isaac Pilati (2008a, p. 1-2) contesta a falta de reconhecimento da importância desse direito e tece as seguintes considerações:

---

ginariamente do povo, donde a longa disputa sobre se o povo teria transmitido apenas concedido poder ao soberano. Porém, com a dissolução do Estado antigo e com a formação das monarquias germânicas, as relações políticas sofreram uma transformação tão profunda e surgiram na sociedade medieval problemas tão diversos – como aqueles das relações entre Estado e Igreja, entre o império e os reinos, entre os reinos e as cidades – que o direito romano passou a oferecer apenas bem poucos instrumentos de interpenetração e análise. Resta ainda observar que, não obstante tudo, duas categorias fundamentais do direito público europeu, das quais se serviram durante séculos os juristas para a construção de uma teoria jurídica do Estado, derivaram do direito privado: o *dominium* entendido como poder patrimonial do monarca sobre o território do Estado, que, como tal, se distingue do *imperium*, que representa o poder de comando sobre os súditos; e o *pactum*, com todas as suas espécies, *societatis*, *subiectionis*, *unionis*, que passa por princípio de legitimação do poder em toda a tradição contratualista que vai de Hobbes a Kant.” (BOBBIO, 2009, p. 22-23)

261

Nesta passagem, o autor cita Emílio Costa.



Como pode ser pigmeu em direito público quem conquistou e administrou o mundo inteiro, mantendo influência nas instituições políticas até hoje? República, senado, plebiscito, província, prefeito, município, Estado, Sociedade, federação, são todas palavras de origem romana, que denotam rica herança política e administrativa da Antiguidade.

A distinção entre direito público e direito privado feita pelos romanos é outro tema constantemente interpretado de acordo com a racionalidade moderna. A previsão consta no livro primeiro das *Institutas do Imperador Justiniano*, título I, parágrafo 4º, no sentido de que “duas são as posições deste estudo: o público e o privado. *Direito público é o que se refere à República Romana; privado é o direito que versa interesses dos particulares*”. Nessa perspectiva, o direito privado abrange preceitos tanto do direito natural quanto do direito civil e das gentes (CRETELLA JR.; CRETELLA, 2000, p. 22, grifos do original).

Essa classificação do direito em ramos é considerada magnífica elaboração dos romanos. No entanto, deve-se ter em vista que “era um sistema que contemplava ao mesmo tempo a dimensão local, estrangeira, fundamental da pessoa, do mundo natural e da *civitas*” (PILATI, 2008a, p. 5-6).

Para Poletti (1996, p. 137), na categorização desses ramos o adjetivo *publicum* não está atrelado “à *utilitas* da coisa pública romana, no sentido que hoje, modernamente, damos ao interesse”. Para ele, o confronto entre o *ius publicum* e o *ius privatum* identifica-se com aquele entre *leges* instituídas pelo *populus* e os *privatorum pacta*<sup>262</sup>. Assim,

[...] o direito público romano difere da concepção publicista moderna do direito. Para os modernos, o direito público é o direito do Estado, enquanto para os romanos, o *ius publicum* é o direito prove-

---

<sup>262</sup> Nesse contexto o autor faz referência à consideração de Pedro Bonfante acerca da “existência, nas fontes romanas, de normas que, disciplinando relações entre particulares, são chamadas, apesar disso, de direito público. Observa, por isso, haver um interesse social ou geral concorrente com o interesse individual.” (*apud* POLETTI, 1996, p. 134).

niente do povo romano. O *ius publicum*<sup>263</sup> expressa uma idéia de tudo o que é conexo com o *populus*<sup>264/265</sup>. Aqui o *publicus* significa o que pertence ao *populus*, a uma comunidade organizada em *civitas*.<sup>266</sup> (POLETTI, 1996, p. 128)

Importa destacar que o grande problema que circunda tal classificação diz respeito não ao reconhecimento de sua criação no contexto romano, mas às interpretações que ela recebeu e ainda recebe sob a orientação e a influência das instituições e da lógica modernas. A problemática relaciona-se, então, ao erro, cometido por diversos autores, em

---

<sup>263</sup> Apesar da utilização do termo *Estado*, Emilio Costa (1920, p. 3) explica que “***Ius publicum***, en contraposición a ***ius privatum***, significa tanto el derecho subjetivo, como objetivo, perteneciente o concerniente al ***status civitatis***, el ***corpus republicae***, la ***societas civiles***, la sociedad política o también sólo la administrativa dentro de la misma política, la colectividad organizada en Estado, o ***abusive*** los miembros menores del Estado y los particulares como partes que son del Estado o de dichos miembros; [...]. En este sentido del ***ius publicum*** está reafirmado en la famosa definición, casi seguramente tomada de otra parte, que se da en las Instituciones de Ulpiano, D.I, I, 1, 2: [...]”.

<sup>264</sup> Nessa passagem o autor refere-se a Nocera.

<sup>265</sup> “O adjectivo *publicus* deriva de *populus*: é público tudo o que é referente ao povo, entendendo-se por povo uma colectividade organizada, ainda não considerada ente distinto dos indivíduos que a compõem, mas onde se dá mais relevo ao conjunto do que à unidade; por outras palavras, ela é vista ainda não como pessoa jurídica abstracta mas sim como colectividade de cidadãos.” (OLIVEIRA, 2000, p. 10)

<sup>266</sup> Corbi aborda a evolução do *populus* até chegar o momento em que ele se identifica com a *civitas*. Nesse sentido ele aborda as explicações de Guarino nas quais consta: “*debido a un hecho fundamental, que hará que se produzca esta tercera evolución histórica del **populus**. Se debió esta transformación a la consecuencia del compromiso, finalmente realizado, entre patricios e plebeyos, hacia la mitad del siglo IV a.C., ya que solamente entonces los plebeyos se convirtieron de súbditos que eran en ciudadanos y, en cuanto tales, capaces de electorado activo y pasivo. Es entonces, en ese mismo y preciso momento, cuando podemos decir que se da una identificación del **populus** con la **civitas**, saliendo aquél de su ámbito de un concepto estricto de naturaleza puramente militar o todo lo más, si se desea, sociológico, para pasar a un concepto totalmente diverso y solamente entonces la **civitas** llegará a ser **res publica**, esto es **res populi**”* (apud CORBI, 1982, p. 17).

traduzir e abordar a *res publica* romana como Estado, que é ficção jurídica que eles não conheceram<sup>267</sup>. E de, consequentemente, tratar o *publicus* romano nos termos do estatal moderno.

Esse equívoco pode ser verificado também, por exemplo, na explicação de Barroso: “a distinção entre direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais”<sup>268</sup> (BARROSO, 2010, p. 53).

Interpretações que seguem essa direção de redução da *res publica* e do *publicus* não condizem com a realidade da época da República Romana. Os romanos não conheceram o Estado pessoa jurídica e, assim, o *publicus* daquele período clássico não se identifica nem se confunde com o público moderno<sup>269</sup> (PILATI, 2005, p. 55).

Importante observar que a esse tratamento atribuído ao *público* das instituições romanas clássicas acompanha o debate acerca das noções de bem e de tutela jurídica (PILATI, 2008a, p. 2; 13). E é de tal tratamento que se desenvolvem os debates desta tese sobre o resgate da dimensão coletiva dos bens, dos sujeitos e dos processos – os quais formam a base do paradigma jurídico-político propício para lidar com o direito coletivo à saúde.

Os juristas romanos, seguindo o próprio conselho acerca do perigo de se fazer definições, não se preocuparam em delimitar o direito de

---

<sup>267</sup> Segundo Poletti (1996, p. 127): “O direito público romano, todavia, é o que provém do povo romano: o atinente à conservação da *res publica*. Direito privado é o que concerne aos bens dos particulares. A questão envolve, aqui, o problema do Estado, pois, evidentemente, o ‘Estado Romano’ diferencia-se do Estado moderno. Na verdade, não houve em Roma um Estado, pode-se entendê-lo com um significado equivalente a *civitas*, a *res publica* ou a *imperium*, ou, em última análise, a sociedade política romana.”

Enrique Lozano y Corbi (1982, p. 21-22) é enfático ao afirmar que em Roma nunca existiu a expressão Estado no sentido político atual.

<sup>268</sup> A citação deste autor dá-se a título exemplificativo. A mesma interpretação é feita por diversos outros.

<sup>269</sup> Nesse sentido, “portanto, citações isoladas do Digesto ou das Institutas não solucionam o enigma. Trata-se de experiências históricas completa e radicalmente diferentes, antiguidade e modernidade, o que pode dar margem a simplificações e afirmações temerárias como essa do início da exposição, de que os romanos teriam sido pigmeus em direito público.” (PILATI, 2008a, p. 2).

propriedade, apenas estudaram os seus atributos<sup>270</sup> (POLETTI, 1996, p. 106). A classificação das coisas coube, então, à jurisprudência romana. “Sem ela não poderiam os juristas pretender traçar os regimes jurídicos dos diferentes grupos de coisas, tal como existem na realidade material” (OLIVEIRA, 2000, p. 13).

No sentido romano, “*jurisprudência* [...] era o conhecimento das regras jurídicas e a sua actuação pelo uso prático. É antes aquilo que nas línguas novilatinas se designa por doutrina; [...]”. Eram os jurisconsultos, homens experientes na prática do direito, os autores da jurisprudência. Eles foram responsáveis pela elaboração de “uma verdadeira ciência do direito”. Apesar do conhecimento de aproximadamente sessenta jurisconsultos, poucas obras foram encontradas. Dentre os achados destacam-se as Institutas de Gaio (GILISSEN, 2003, p. 90-91).

No texto de Gaio (2.11), a separação das coisas entre públicas e privadas era marcada pelo fato de as primeiras não parecerem estar no patrimônio de ninguém e de se crer que elas são da *universitas* (conjunto de pessoas), enquanto as últimas se caracterizam por ser de cada homem (VENTURA, 1968, p. 32).

No Digesto, que consistiu em ampla compilação de passagens de mais de mil e quinhentos livros que haviam sido escritos por jurisconsultos na época clássica (GILISSEN, 2003, p. 92), há repetição do texto de Gaio<sup>271</sup> que, para Ventura, manifestamente inspirou a disposição do tema nas Institutas de Justiniano (VENTURA, 1968, p. 33). Estas formaram um manual para o ensino do direito na época do baixo império em Roma (GILISSEN, 2003, p. 91-92).

---

<sup>270</sup> Nesse sentido se expressa Oliveira (2000, p. 5): “Não se encontra nas fontes de direitos romano uma definição de propriedade. Longe de o estranharmos devemos perceber nesse facto o que, em verdade, é uma característica do povo romano; o encontro de duas forças de sinal contrário, a acentuada tendência para juridificar, por um lado e um vincado pragmatismo por outro.”

<sup>271</sup> “Nas Institutas de Gaio há uma lacuna de 8 linhas na parte que trata das *res nullius divini iuris*, não se podendo ter o quadro completo da exposição; mas ao tratar das coisas regidas pelo direito humano, a classificação do jurisconsulto, que viveu já por volta de 130 d.C., é em públicas ou privadas, dizendo quanto àquelas: *As coisas públicas reputam-se como não estando entre os bens de ninguém; pois são consideradas da própria comunidade. Comunidade, não no sentido de Sociedade Civil, evidentemente, mas de corporação, de uma universitas: colégio de sacerdotes, povo de um município, povo de Roma.*” (PILATI, 2008a, p. 12, grifo nosso).

O sistema de bens em Roma da época clássica consta no Livro segundo das Institutas do Imperador Justiniano, no título I, nos seguintes termos:

Passemos agora às coisas que se acham no nosso patrimônio ou fora do nosso patrimônio. Algumas coisas por direito natural são comuns a todos, outras são públicas, outras pertencem a corporações, outras a ninguém, e, a maior parte, aos particulares, coisas adquiridas de vários modos como expressamos oportunamente.<sup>272</sup> (CRETELLA JR.; CRETELLA, 2000, p. 89)

Após analisar a diferença esboçada nessas Institutas entre coisas públicas e aquelas da *universitas* (conjunto de pessoas) – distinção apontada por diversos autores como, por exemplo, Buján<sup>273</sup> e Oliveira<sup>274</sup> –, Ventura discorre sobre a confusão gerada em torno dessa questão e conclui que “as coisas públicas são tanto as pertencentes ao *populus* como as pertencentes às cidades, não existindo uma categoria autônoma de *res universitatis*, em contraposição às *res publicae*,” (VENTURA, 1968, p. 42).

Diante dos vários trechos de documentos romanos que tratam das *coisas públicas* só é possível fazer uma enumeração não taxativa das mesmas. Em tais documentos, a classificação das coisas como

---

<sup>272</sup> José Isaac Pilati (2008, p. 11) faz referência a essa passagem ao mencionar que além da caracterização do sujeito público há a questão relativa à classificação dos bens. No entanto, ele recorre à outra fonte em sua citação.

<sup>273</sup> O autor menciona que: “*Gayo en su clasificación de las cosas que están fuera del comercio distingue entre cosas públicas (res publicae) y cosas privadas (res privatae). Marciano introduce en la clasificación la categoría de cosas comunes omnium y de res universitatis, y Justiniano integra ambas clasificaciones, distinguiendo entre res publicae, res universitatis, res nullis y res comunes.*” (BUJÁN, 2010, p. 254-255).

<sup>274</sup> Antes de começar sua análise sobre a *res publica*, Oliveira (2000, p. 14) considera que: “Os juristas romanos distinguem, assim, entre as coisas de *divini iuris* e as coisas de *humani iuris*. As primeiras podiam ser sagradas, *res sacrae* (consagradas aos deuses superiores), religiosas, *res religiosae* (consagradas aos Manes, sepulcros), ou santas, *res sanctae* (v. g. as muralhas e as portas da cidade); as segundas podiam ser privadas ou públicas, com mais precisão, como diz Nelly Louzan de Solimano *res privata, res universitatis e res publica.*”.

públicas era feita de acordo com a casualística, ou seja, em conformidade com os problemas que surgiam nos casos concretos (VENTURA, 1968, p. 32-33).

Isso evidencia a afirmação feita anteriormente acerca da dificuldade de se estudar a *res publica* no direito romano. Oliveira (2000, p. 6) recorda que tanto a doutrina quanto as fontes não conferem muita atenção à temática e que a “escassa teorização do instituto é um dado em si mesmo”.

Essas dificuldades não enfraquecem a importância do contrapon-to romano. Não há intenção de enumerar efetivamente as coisas que foram consideradas públicas no período clássico nem de descrevê-las uma a uma. Os ensinamentos a serem depreendidos de tal experiência relacionam-se à constatação de que a qualificação das coisas como públicas derivava “apenas duma ligação entre as coisas e o *populus*” (VENTURA, 1968, p. 33).

Com tais direcionamentos, observa-se que naquele contexto romano “a propriedade pública é um conceito primário<sup>275</sup>, não derivado – do da propriedade privada – como durante muito tempo sustentaram os romanistas<sup>276</sup> (OLIVEIRA, 2000, p. 6).

As *res publicae* consistiam no patrimônio comum do *populus*. Significavam as coisas que pertenciam ao *populus* em sistema de copropriedade (PILATI, 2005, p. 56; SCHULZ, [1960], p. 86). “Pertencia não no sentido de domínio sobre elas e sim de forma diferente, ou seja, o *populus* era proprietário mas não tinha o *dominus ex iure quiritium*”<sup>277</sup> (CORBI, 1982, p. 44; 32).

---

<sup>275</sup> É fácil perceber que “a natureza, originariamente pública do direito de propriedade, deixa marcas indisfarçáveis na noção primitiva de propriedade privada. De facto, na dimensão individual, a propriedade em Roma começa por ser admissível apenas na medida em que se configura esse direito como a atribuição de um poder público ao particular, na pessoa do *pater familias*” (OLIVEIRA, 2000, p. 7).

<sup>276</sup> A autora destaca que “da leitura da *De republica*, de Cícero, mais concretamente do livro II, onde o autor se dispõe a relatar a origem do povo romano, retém-se exactamente a ideia de que, no princípio, toda propriedade é pública. Só depois do assassinio de Rômulo, quando Numa Pompílio é eleito rei nos comícios curiais, a terra – os campos que Rômulo havia ganhado com a guerra – começa a ser dividida pelos chefes das famílias [...]. Maioritário continuava a ser o domínio colectivo do *ager*” (OLIVEIRA, 2000, p. 11-12).

<sup>277</sup> Sentido de domínio pleno, próprio do direito civil atual.

Daí que todas as relações que tinham por cabeça o *populus* se distinguíam das correspondentes relações privadas e só pertenciam ao *ius publicum* com a consequente aplicação de princípios diversos<sup>278</sup> (CORBI, 1982, p. 44; 32). Assim, o patrimônio de toda a coletividade era regido por regramento próprio, diferente daquele voltado para os bens particulares (PILATI, 2005, p. 55). Recorda-se, conforme citado linhas atrás, que o *publicus* não se desconecta do *populus*.

O sistema romano de propriedade funcionava sem a intermediação de ente estatal, diferente do que ocorre em sistemas proprietários modernos. Funcionava sob a lógica da democracia participativa e não representativa. Essa é característica fundamental do tratamento do *público-privado* em Roma<sup>279</sup>. Ela confere a tal estrutura, na interpretação devidamente contextualizada, a característica de “sistema jurídico privado-coletivo e não no privado-público moderno” (PILATI, 2011, p. 18; 41).

Trata-se de sistema no qual o regime da propriedade das *res publicae* – apesar de apresentar princípios e regramentos próprios – era híbrido, o que tornava inviável a sua separação definitiva e precisa dos regimes de *ius privatum* (OLIVEIRA, 2000, p. 7). Nesse sentido,

[...] a adjectivação *publicus*, só aparentemente consegue alicerçar um princípio diferenciador, de entre as várias espécies de coisas. Quando se aprofunda a análise dos critérios utilizados, esta classificação revela-se ténue ou mesmo evanescente.

Vittorio Scialoja, op. cit., I, p. 208. Para este romanista tal explica-se, desde logo, porque nessa fase do direito romano não existe um conceito de Estado paralelo ao actual, tão pouco existindo

---

<sup>278</sup> Tradução livre de: “*todas las relaciones, que tenían por cabeza al **populus**, se distinguían de las correspondientes relaciones privadas y sólo pertenecían al **ius publicum** con la consecuente aplicación de principios diversos.*” (CORBI, 1982, p. 44; 32).

<sup>279</sup> Nesse sentido: “O público-privado romano é diferente do desenho da Modernidade, justamente por isso, porque funciona sem a mediação de um ente como o Estado Moderno, separado deles. O *dominium* romano significa submissão de pessoas e bens ao *pater familias*, não a um proprietário individual, e as relações se travam em foros de um condomínio de romanos *paterfamilias*, que partilham o coletivo no plano religioso, jurídico e político.” (PILATI, 2011, p. 18).

qualquer termo latino que, de forma aproximada, possa corresponder-lhe. *Uma relação jurídico-pública era sempre vista em termos realísticos e como tal protagonizada pelo povo romano, conceito não jurídico-abstracto mas com suporte existencial, uma realidade concreta.* Desse modo a distinção entre as diversas categorias de coisas públicas não podia pretender-se fosse muito profunda e, como tal consistente. E, nesse mesmo sentido, vão as palavras de Vincenzo Arangio-Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, Buenos Aires, 1986, p. 191; quando referindo-se ao sentido técnico de *res publicae*, diz que todo o quadro conceptual é ‘*todavía muy turbio en el pensamiento de los juristas romanos.*’ (OLIVEIRA, 2000, p. 13, grifo nosso).

Que se tenha claro, então, que apesar da diferença entre o direito público e o direito privado ser legado de Roma, o tratamento dispensado a esses ramos naquele contexto em nada se identifica com o que lhes foi atribuído pela modernidade.

Esse panorama proporciona a constatação de duas situações essenciais para a presente tese: de um lado, o reconhecimento do *populus romanus* como sujeito de direito<sup>280</sup> dessa dimensão coletiva (CORBI, 1982, p. 44; 32); de outro, a peculiaridade do tratamento dispensado a esse patrimônio do *populus*, sob regime próprio<sup>281</sup> de gestão.

Para compreender melhor essas situações, torna-se necessário verificar o significado do *populus* romano que forma, junto aos seus bens, o conceito de *res publica* (CORBI, 1982, p. 35).

Desta forma, em que consiste o *populus romanus*?

---

<sup>280</sup> Corbi (1982, p. 38) dedica-se ao assunto e, em sua obra, afirma que “*estudiaremos al **populus** considerado como sujeto de relaciones jurídicas y, tras dicho punto, analizaremos cómo y por qué el ciudadano que forma parte de dicho **populus** llega a ser actor popular, sin que por ello fuera, en ningún momento, representante del **populus**.*”

<sup>281</sup> “*Pero, el **populus Romanus** fue persona o sujeto público y por ello su régimen estuvo reglamentado – a nuestro parecer – en conformidad con las normas de carácter público.*” (CORBI, 1982, p. 44)



A primeira observação a se fazer, que reforça a necessidade já citada de superar interpretações modernas acerca das instituições romanas, é a de que o *populus* não é unidade abstrata sobreposta aos particulares (CORBI, 1982, p. 38).

Sem conhecer a ideia de Estado, o povo romano se identificava como “uma *corporação*<sup>282</sup>, e como tal, todos os seus membros, constituindo um corpo (*cives Romani*)” (PILATI, 2005, p. 55). Nas palavras de Corbi (1982, p. 38; 41)<sup>283</sup>, *populus Romanus* foi a máxima organização jurídica das pessoas livres que constituíram a *civitas romana*<sup>284</sup>. Foi a organização de uma universalidade de cidadãos.

O *populus*, com a imagem que tinha de *corpus* com todos os seus direitos, não se separava da ideia de coletividade ou de grupo nem do ideal de proteção dos interesses coletivos<sup>285</sup> (CORBI, 1982, p. 40; 38). Tal constatação pode ser verificada, também, das disposições de Fritz Schulz ([1960], p. 84) nas quais o *populus* consiste numa *corporación* e que, por isso,

[...] em contraste com a *societas* é este um corpo organizado de pessoas com variável número de membros, em que nenhum deles possa dispor de uma parte do patrimônio comum. Se um membro morre ou se separa, não por isso a corporação se dissolve. Por outra parte, nenhum membro dispõe de uma parte do patrimônio comum, o qual pertence a todos os membros. São estes e não a fictícia ‘pessoa jurídica’, os proprietários do patrimônio, mas não como pessoas individuais, mas sim

---

<sup>282</sup> Assim, o sujeito público dos romanos – corporativo – diferencia-se daquele sujeito público da modernidade – estatal (PILATI, 2008, p. 11).

<sup>283</sup> Chega-se ao conceito de *populus*, de acordo com Cícero, a partir de três elementos: “1.º *Que haya una multitud de personas*; 2.º *Que estén reunidas por un voluntario consenso jurídico – vínculo jurídico –*; y 3.º *Para la consecución de una utilidad superior común*.” (apud CORBI, 1982, p. 9).

<sup>284</sup> Tradução livre de: “*populus Romanus fue la máxima organización jurídica de las personas libres que constituyeron la civitas romana*.” (CORBI, 1982, p. 38; 41).

<sup>285</sup> “*Los romanos, junto al interés privado de los individuos, intentaron salvaguardar, a toda costa, el respecto hacia una concepción abstracta del interés colectivo o público. Por esta razón, Roma, ya desde sus orígenes, dio importancia social a la represión de los hechos dirigidos contra aquel o aquellos derechos de la colectividad*.” (CORBI, 1982, p. 61)

em comum [...] e podem usar e dispor deste *patrimônio unicamente como totalidade de indivíduos unidos na **corporación***, ainda que, como dissemos, este termo, foi desconhecido dos juristas clássicos.<sup>286</sup> (grifo nosso)

Do exposto, observa-se mais uma questão interessante no estudo do direito romano: a de que a qualidade de *sujeito de direito*<sup>287</sup> não se restringiu às pessoas físicas enquanto tais. Ela estendia-se a entes sociais ou conjuntos de pessoas organizadas. É o que ocorria no caso em debate, do *populus Romanus*, assim como, por exemplo, em outros: do *municipia*, das colônias, associações de pontífices (CORBI, 1982, p. 40).

Disso não resulta que tais sujeitos foram concebidos como pessoas jurídicas, termo desconhecido em Roma (CORBI, 1982, p. 40) e que não foi usual na ciência legal antes da escolástica da Idade Média (SCHULZ, [1960], p. 70).

Como já afirmado acima, ao discorrer sobre o direito de propriedade, os romanos não se preocupavam em fazer definições. Corbi reforça tal característica romana ao observar que esse povo não se ocupou com questões teóricas em torno do reconhecimento do *populus Romanus* como pessoa jurídica<sup>288</sup>. Mas, para ele, apesar da despreocupação teórica, supõe-se que eles trataram o problema na prática. O autor considera

---

<sup>286</sup> Tradução livre de: “*En contraste con la **societas** es éste un cuerpo organizado de personas con variable número de miembros, sin que ninguno de ellos pueda disponer de una parte del patrimonio común. Si un miembro muere o se separa, no por ello la **corporación** queda disuelta. Por otra parte, ningún miembro dispone de una parte del patrimonio común, el cual pertenece a todos los miembros. Son estos y no la ficticia ‘persona jurídica’, los propietarios del patrimonio, pero no como personas individuales, sino en común [...] y pueden usar y disponer de este patrimonio únicamente como totalidade de individuos unidos **en la **corporación****, aunque, como hemos dicho, este término, fue desconocido de los juristas clásicos.*” (SCHULZ, [1960], p. 84, grifo nosso).

<sup>287</sup> Ressalta-se que “sujeito de direito” são todos os seres a quem o ordenamento jurídico considera como possível titular de direitos e de obrigações (CORBI, 1982, p. 39).

<sup>288</sup> Seixas (2003, p. 1.053-1.054), apesar de utilizar a expressão “personalidade coletiva” no título de seu artigo sobre direito romano, esclarece, logo no início, que “os juristas romanos, pelo menos os do período clássico, não definiram nunca esta realidade [personalidade colectiva] e muito menos teorizaram a personalidade jurídica ou colectiva”. No entanto, a autora explica que não a definiram, mas a tinham como realidade subjacente.

que, mesmo que os romanos não se tenham apercebido, eles pressupunham tal personalidade. Por isso, ele é partidário de ver no *populus Romanus* real e autêntica personalidade jurídica<sup>289</sup>. Mas é preciso ressaltar que nesse contexto o *populus* é considerado pessoa pública, configurada no âmbito do direito público (CORBI, 1982, p. 41; 43-44), tendo em vista o sentido que tal termo assumia em Roma.

Além dessas considerações – as quais confirmam que o *populus* ultrapassava os interesses particulares e voltava-se para o exercício e proteção das *res publicae* –, há de ressaltar a forma como ele atuava. Ou, em outras palavras, há de destacar como se dava o exercício e a proteção da *res publica*, do patrimônio comum, pelo *populus*.

Corbi (1982, p. 38; 45) considera que, em virtude da inexistência de órgãos especiais voltados para a defesa dos cidadãos, tornou-se necessário que estes, integrados no *populus*, fossem considerados espécie de órgão<sup>290</sup> investido de funções.

Nesse sentido,

[...] este cidadão – estes cidadãos em geral –, que eram partes integrantes do *populus Romanus*, precisamente ao faltar na antiga Roma o conceito de ‘Estado-pessoa’ independente dos cidadãos e ao não comparecer o ‘Estado’ diante dos tribunais comuns, estes *cives* – repito – por tudo isso são eles que estão chamados para tutelar o interesse geral, o bem comum. Daí, o que seja fácil entender que devido a esta tutela dos cidadãos do interesse geral gozassem os cidadãos romanos do direito de participar na vida pública, dentro dos limites e com as normas que a vontade geral determinasse. Trata-se de *uma participação* que, ademais, dá orgulho a todos eles; se sentem cidadãos romanos, membros do *populus* e, como tais, integrantes deste último, dispostos em todo momento a colaborar na tarefa salvaguardadora do bem comum, porque a eles lhes parece necessário velar por uma sociedade mais justa, na qual nenhum dos cidadãos possa ver-se prejudicado por qual-

---

<sup>289</sup> Tradução de: “*de ver en el **populus Romanus** una real y auténtica personalidad jurídica*” (CORBI, 1982, p. 41; 43-44).

<sup>290</sup> Nessa passagem, o autor destaca que o termo “órgão” deve ser considerado em sentido amplíssimo.

quer ação dos demais. Os cidadãos romanos fizeram seu o interesse geral. Por isto, é fácil compreender sua mentalidade tuteladora, que tão genuinamente caracterizou ao *populus Romanus* e aos cidadãos que o integraram.<sup>291</sup> (CORBI, 1982, p. 36, grifo nosso)

Assim, o cidadão integrado ao *populus* desempenhou atividades legislativas e judiciais, no âmbito das reuniões e comícios populares, como também protegeu interesses daqueles que não tinham capacidade para se defenderem, os próprios interesses como cidadão do *populus*, do bem comum e do interesse geral por meio de vias processuais populares<sup>292</sup>. No entanto, em nenhuma dessas atividades – principalmente naquelas desenvolvidas no âmbito de um processo judicial em que o cidadão é ator popular –, o cidadão integrado ao *populus* atuava como representante<sup>293/294</sup> (CORBI, 1982, p. 45; 38).

---

<sup>291</sup> Tradução livre de: “*Ahora bien, este ciudadano – estos ciudadanos en general –, que eran partes integrantes del **populus Romanus**, precisamente al faltar en la antigua Roma el concepto de ‘Estado-persona’ independiente de los ciudadanos y al no comparecer el ‘Estado’ delante de los tribunales comunes, estos **cives** – repito – por todo ello son los que están llamados a tutelar el interés general, el bien común. De ahí, el que sea fácil entender cómo debido a esta tutela de los ciudadanos del interés general gozasen los ciudadanos romanos del derecho de participar en la vida pública, dentro de los límites y con las normas que la voluntad general determinase. Se trata de una participación que, además, a todos ellos les enorgullece; se sienten ciudadanos romanos, miembros del **populus** y, como tales, e integrantes de este último, dispuestos en todo momento a colaborar en la tarea salvaguardadora del bien común, porque a ellos les parece necesario velar por una sociedad más justa, en la cual ninguno de los ciudadanos pueda verse perjudicado por cualquier acción de los demás. Los ciudadanos romanos hicieron suyo el interés general. Por esto es fácil comprender su mentalidad tuteladora, que tan genuinamente caracterizó al **populus Romanus** y a los ciudadanos que lo integraron.*” (CORBI, 1982, p. 36)

<sup>292</sup> Para interesse daqueles que não tinham tal capacidade, o autor cita a utilização da *accusatio suspecti tutoris* e a *assertio in libertatem*. E para a proteção dos demais interesses acima citados, ele faz referência aos interditos e ações populares (CORBI, 1982, p. 45).

<sup>293</sup> Nesse aspecto, a legitimação popular foi uma das instituições processuais mais tipicamente romanas que existiu (CORBI, 1982, p. 2). “*Sin embargo, es muy importante señalar que no son propiamente acciones con represen-*

Parece estar mais evidente a capacidade de atuação do cidadão integrado ao *populus* nas assembleias ou comícios do que perante um processo judicial. No entanto, ressalta-se que o *populus Romanus*<sup>295</sup> foi, pois, sujeito de relações jurídicas e como tal parte no processo popular, mas atuando no processo por intermédio do cidadão, este a quem realmente se podia chamar de ator popular<sup>296</sup> (CORBI, 1982, p. 44-45).

O êxito da atuação do *populus* no período da República Romana, tanto nas assembleias quanto como ator no processo judicial, está intimamente ligado à estrutura política daquela época, formada pelas seguintes instituições: senado, magistraturas e comícios.

Tanto é assim que a personalização da coletividade como ator social e sujeito coletivo e a caracterização dos bens coletivos em Roma são considerados, ao lado da força das suas três instituições – povo, senado e magistratura – e da força da religião, como a base do direito público romano (PILATI, 2008a, p. 13).

Costa (1920, p. 4) ressalta a importância do tema. Ele afirma que o povo romano nada quis senão assistido pelo senado e nada obrou senão diante de seus magistrados. E diz ainda, recorrendo a Livio, que estes três elementos – povo, senado e magistratura – são inseparáveis da própria existência de um *corpus civitatis*.

---

*tación donde el actor estuviera actuando procesalmente en defensa de un interés público o al menos en defensa de la sociedad.” (CORBI, 1982, p. 3)*

<sup>294</sup> “El ciudadano romano se sintió, así nos lo parece, como un elemento constitutivo, importante, fundamental de la colectividad y participaba como actor popular no tanto por hacer valer un derecho suyo, que realmente lo tenía, sino por lograr el bien común de todos y cada uno de los ciudadanos integrados en ese *populus*.” (CORBI, 1982, p. 48)

<sup>295</sup> Assim, “el *populus*, como tal, pudo ser parte en el proceso, verdadero actor popular integrándose en el proceso real y ciertamente, pero también lo puede ser el ciudadano que integra dicho *populus*. [...] Para entenderlo es preciso tener en cuenta que, en cualquier momento en el que consideremos la evolución histórica de Roma, siempre nos encontraríamos con una estrecha ligazón del *populus* con el individuo que lo integra, de tal forma, que en la mentalidad romana, el daño ocasionado al *populus* en cuanto tal, a la comunidad jurídicamente organizada, comportaba a la vez un daño de naturaleza similar para todos y cualesquiera de los miembros integrantes de dicho *populus*.” (CORBI, 1982, p. 47)

<sup>296</sup> Tradução de: “El *populus Romanus* fue, pues, sujeto de relaciones jurídicas y como tal parte en el proceso popular, pero actuando en el proceso a través del ciudadano, que era quien realmente se podía llamar actor popular.” (CORBI, 1982, p. 44-45)

Tendo em vista essa passagem da obra de Costa, José Isaac Pilati (2008a, p. 3-4; 2011, p. 81) expõe que “a dimensão do coletivo (do *publicus*) não é de uma autoridade estatal; é um campo de articulação política e jurídica dessas três instituições (permeadas por religião da mesma forma que a família e todos os atos privados)”. É, então, o espaço de busca constante de equilíbrio entre os seguintes poderes: *soberania*, *potestas*, *imperium* e *auctoritas*.

A *soberania* encontrava-se no *populus*. Seu exercício era em forma de democracia direta nas assembleias ou comícios – *curiata*, *centuriata*, *tributa* e *concilia plebis* – em conformidade com a competência de cada um deles<sup>297</sup>. Neles eram exercidos poderes legislativos, eleitorais, judiciais criminais e religiosos (PILATI, 2011, p. 83; COSTA<sup>298</sup>, 1920, p. 56-57).

Apesar de a *soberania* estar no *populus*, ela só poderia ser exercida nos respectivos comícios se estes fossem convocados por um magistrado<sup>299</sup>, de acordo, também, com suas habilitações (PILATI, 2011, p. 83; COSTA, 1920, p. 60).

Havia várias magistraturas<sup>300</sup>. A todas elas era atribuída a *potestas*, “poder comum a todos e inerente às suas funções” (NÓBREGA, 1977, p. 100), que se relaciona tanto com a função de convocação do

---

<sup>297</sup> “O povo também deliberava sobre paz e guerra ratificando ou rejeitando tratados e pactos que passavam pelo Senado.” (PILATI, 2011, p. 83)

<sup>298</sup> Ressaltam-se as observações já elaboradas neste trabalho acerca da utilização do termo “Estado” para referir-se a Roma. Isso por que Emilio Costa várias vezes recorre a tal termo. Mas, pela própria análise do autor, percebe-se que ao utilizar a palavra “Estado”, ele não está dispondo sobre características modernas.

<sup>299</sup> O *populus* elegia, com a autoridade do Senado, as magistraturas (COSTA, 1920, p. 76-77).

<sup>300</sup> “Nos magistrados estão o *imperium* (poder de castigar, impor penas aos cidadãos) e *potestas* (direito de falar e agir em nome da *civitas*, inclusive convocar o povo e baixar ordenanças escritas, *edicta*). Magistrados eram os cônsules e ditadores com o mando militar, os pretores com o poder de jurisdição, os censores como polícia dos costumes, os *questores* como arrecadadores de impostos, os *aediles curules* como responsáveis pelos mercados (defesa do consumidor), os *edis* como magistrados menores responsáveis pelas mais diversas atividades (estradas, abastecimento público, jogos e lazer), e ainda, entre outros, os *tribunos* (magistrados da plebe, que também atuavam como espécie de *ombudsman* contra abusos de autoridade).” (PILATI, 2008a, p. 4; PILATI, 2011, p. 82)

povo para as deliberações sob sua competência quanto de editar ordens escritas e de agir e falar em nome da *civitas* (PILATI, 2011, p. 82).

Nem todos os magistrados eram investidos de *imperium*. No entanto, as duas magistraturas mais importantes, os cônsules e os pretores, eram *magistratus cum imperio* (NÓBREGA, 1977, p. 103). Aos cônsules – assim como aos ditadores – cabia o comando militar, e aos pretores, a jurisdição (PILATI, 2011, p. 82).

Era no âmbito de atuação dos pretores que o cidadão integrante do *populus* agia enquanto ator popular. O pretor não procedia como juiz, nos termos que se conhece na atualidade. Ele era encarregado de: receber as partes; delimitar a lide, identificando os fatos, o pedido, a contestação, as exceções; elaborar roteiro com o procedimento a ser adotado, o qual recebia a denominação de *formula*; nomear os responsáveis por colher provas e por decidir, donde nomeava, para os casos simples, um juiz (*iudex*) e para os casos mais complicados ou que exigiam ponderação da *aequitas*, três ou mais árbitros (*arbitri*) (PILATI, 2008a, p. 4-5).

Não bastava a devida convocação do comício pelo magistrado<sup>301</sup>. As deliberações populares deveriam, ainda, ser confirmadas, ratificadas pelo Senado<sup>302</sup>, investido da *auctoritas*<sup>303</sup>, poder que dizia respeito à direção suprema dos poderes públicos. A *auctoritas* abrangia, também, dentre outras competências, a assistência ao povo no exercício da sobe-

---

<sup>301</sup> “La proclamación hecha por el magistrado del resultado de la votación, bastaba por sí sola para certificar jurídicamente que la deliberación comicial se había verificado.” (COSTA, 1920, p. 62).

<sup>302</sup> Costa (1920, p. 63) explica que “todas las normas dictadas por el pueblo no eran todavía por sí mismas obligatorias, si no las confirmaba y aprobaba la autoridad del Senado (*Senatus auctoritas, patrum auctoritas*); quien después del primer período y estado aristocrático, debía más bien confirmarla y asegurarla como sensata. (1)”.

<sup>303</sup> No mesmo sentido é a exposição de José Isaac Pilati (2011, p. 82; 2008a, p. 4), na qual referencia Políbio e Nóbrega: “No Senado estava a *auctoritas patrum*: nenhuma lei podia entrar em vigor sem a sua chancela. Tinha autoridade sobre o tesouro público e jurisdição sobre os crimes de investigação pública cometidos na Itália. Era dele a atribuição de tratar das relações exteriores e receber embaixadas, enfim, era esfera de decisão primeira de qualquer assunto de interesse da *civitas*, e às vezes até de outros temas, por delegação do povo: nada se queria sem a assistência do areópago de anciãos, conselheiros dos assuntos da *res publica*, que assim velavam e controlavam, no equilíbrio do poder, tanto o ímpeto popular quanto eventuais aventuras de magistrados.”

rania e aos magistrados no exercício do poder executivo. Assim, o Senado<sup>304</sup> estava investido do poder de governo que intermediava a *sobrerania* do povo e o poder executivo do magistrado (COSTA, 1920, p. 67).

As assembleias, assim como as magistraturas, eram variadas. No entanto, cada uma delas tinha suas atribuições em matérias específicas, regras próprias de composição, organização e funcionamento. Questões muito interessantes, mas que não serão detalhadas no presente trabalho.

Não há pretensão de expor cuidadosamente sobre as características de cada uma das instituições romanas. Procurou-se, tão somente, destacar como o *populus* atuava na época da República Romana. E ficou claro que ele não atuava sozinho, nem fora dessa organização político-jurídica participativa. Tratava-se de estrutura em que uma instituição não funcionava sem a outra<sup>305</sup> (PILATI, 2011, p. 84).

As descrições em torno destas instituições romanas podem ser resumidas nos seguintes termos:

[...] o poder político é exercido em nome da comunidade e entregue aos magistrados detentores de *imperium*, o Senado, dotado de *auctoritas* política, é o órgão de conselho e consulta dos magistrados, garantindo a continuidade institucional do poder público de Roma em caso de crise; o *Populus*, onde assentava a *maiestas*, passa a ter uma organização institucionalizada que expressa as suas posições através de deliberações das suas assembleias.<sup>306</sup> (PINTO, 2009, p. 200-201)

A retomada de tais particularidades não é feita com intenção de resgatar o funcionamento ou mesmo as atribuições dos comícios ou de qualquer instituição política romana. A ideia é pensar sobre o seu funcionamento e tirar o exemplo, para a pós-modernidade, de que a grandeza de Roma e do *seu sistema de propriedade pública* alcançou-se com base

---

<sup>304</sup> Os senadores eram nomeados pelos cônsules, dentre os ex-magistrados (COSTA, 1920, p. 66).

<sup>305</sup> O autor afirma, nessa passagem, tratar-se de realidade testemunhada pessoalmente por Políbio.

<sup>306</sup> Ao escrever esse trecho, o autor explica a entrada no terceiro período de Roma: “*O Populus Romanus* e a *res publica*” (367 a.C.-27 a.C.) (PINTO, 2009, p. 200).



na atuação equilibrada de tais instituições, numa estrutura que garantia a participação direta da *sociedade*, do *populus*. Participação orientada que, organizada pelo magistrado, deliberava sobre a *res publica* e tinha a eficácia da decisão garantida pela ratificação do senado.

Por isso, o contraponto não parte apenas do sistema de classificação de bens na Roma republicana, de forma isolada. Ele considera o contexto e o modelo de organização política e jurídica em que tal sistema se organizava e se operacionalizava (PILATI, 2005, p. 54).

Esse foi um modelo constituído, conforme já explicado, com base em três pilares – o Senado, as assembleias populares e as magistraturas –, os quais mantinham equilíbrio e contrapoderes capazes de fornecer característica única ao funcionamento das instituições romanas e de lhes diferenciar, de acordo com as análises de Políbio, das três categorias aristotélicas: monarquia, aristocracia e democracia<sup>307</sup> (BUJÁN, 2010a, p. 53).

Assim, toma-se essa estruturação romana como modelo. Não no sentido de transferir aquela ordenação para os tempos atuais. Pelo contrário, deve-se tê-la como inspiração tendo em vista que ela

[...] se notabiliza pela inclusão de todos os cidadãos da República nas decisões, mediante equilíbrio das instituições. Sem a manifestação e o desempenho de Senado, de Assembléia Popular e Magistratura, nada se faz. *A soberania está no populus, que a exerce diretamente, mas não sozinho: através de magistrados eleitos e por ele mesmo.* Nada se discute em assuntos de democracia direta se não for mediante convocação e intermediação do magistrado da área específica: Cônsul (guerra),

---

<sup>307</sup> Nas palavras de Buján (2010, p. 53): “*La constitución republicana se asienta en tres pilares básicos: Senado, Asambleas Populares y Magistraturas. Es conocida la admiración del filósofo de la historia griega de la época. Polibio, que después de estudiar el funcionamiento de las instituciones políticas republicanas, en el libro VI de su Historia Universal contaba que no cabe su encuadramiento en ninguna de las categorías aristotélicas de monarquía, aristocracia y democracia: ‘Si nos fijamos en el poder de los cónsules parece que estamos ante una monarquía; si en el del Senado, ante una aristocracia, pero si nos detenemos a examinar el poder de la mayoría estamos ante una auténtica democracia.’ Tal era el equilibrio y los contrapoderes que a juicio de Polibio caracterizaban a la constitución republicana.*”

pretor (jurisdição). E o Senado homologa: cumpra-se! (PILATI, 2011, p. 128, grifo nosso).

É, então, de tais considerações, que não se desconectam da *res publica* e do *populus*, que se pensa a nova ordem jurídica e política para a pós-modernidade e, dessa forma, para a dimensão coletiva do direito à saúde.

A exposição até então elaborada possibilita a superação de algumas interpretações modernas acerca da República Romana e do direito daquela época<sup>308</sup>. Permite, dentre outras questões, evidenciar a importância do direito público romano, do seu sistema de propriedade pública e do funcionamento de suas instituições participativas. Serve, enfim, para ilustrar o período, selecionado como contraponto da modernidade, que é a base da construção do modelo pós-moderno no qual há o resgate da dimensão coletiva: dos bens, de sua titularidade e dos seus processos.

É o contexto da experiência romana que permite a compreensão do conceito de direito coletivo à saúde como bem coletivo extrapatrimonial<sup>309</sup>, citado no tópico anterior e no início deste:

O bem coletivo é de natureza constitucional. São todos aqueles que a Constituição vigente garante a todos como fundamentais; que não pertencem a ninguém individualmente e dos quais só se pode

---

<sup>308</sup> José Isaac Pilati (2011, p. 4) ressalta que, “portanto, não se rompe com o paradigma da Modernidade sem romper com a leitura que a Modernidade fez do Direito romano clássico. Somente o resgate do Direito Romano permitirá a libertação do coletivo como agora; tendo a sociedade – não como a soma de indivíduos, mas – como sujeito de direito de bens coletivos patrimoniais e extrapatrimoniais.”.

<sup>309</sup> Anote-se, ainda, que “os bens coletivos são extrapatrimoniais e em diversas situações jurídicas apresentam interface com direitos públicos e privados; e assim são afetados por função social” (PILATI, 2011, p. 101). Nesse sentido: “O reconhecimento da autonomia do bem coletivo e do seu titular à Sociedade reflete-se no exercício e na tutela dos direitos privados de forma tão significativa que imprimirá nova realidade jurídica a institutos como o condomínio, a responsabilidade civil, o contrato, o enriquecimento sem causa; e a aspectos, como o do risco nas atividades econômicas – com *inegável força de alteração do sistema*. Assim como se passou do papel para o computador, do analógico para o digital interativo, também se superará a via única individualista do direito público-estatal – em nova agora social, sob a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.” (PILATI, 2011, p. 119).

dispor coletivamente, tais como patrimônio arqueológico e histórico, ambiente, saúde, cultura. São bens que se guiam por fim próprio; (PILATI, 2011, p. 123).

Assim definido, o bem coletivo (extrapatrimonial) saúde carrega consigo as características de imprescritibilidade, indisponibilidade e procedimentalidade. No primeiro caso, por não permitir qualquer tipo de apropriação – pública ou privada – e pela lesão não viabilizar ao agressor ou sucessor o aumento do patrimônio. No segundo, pelo fato de a nenhum indivíduo, grupo de indivíduos, Estado – por meio de qualquer de seus poderes – e até mesmo ao Ministério Público caber dispor, de qualquer forma, de tal bem. O terceiro caso relaciona-se ao fato de que a disposição daquele bem só pode ocorrer por meio de procedimentos coletivos e próprios, de índole democrático-participativa. Caracteriza-se, enfim, como bem absoluto e necessário. Isso porque, de um lado sua defesa é feita contra ato de qualquer pessoa ou ente – aí se incluindo atos do Estado – e, de outro, por ser fundamental para a própria vida<sup>310</sup> (PILATI, 2008; PILATI, 2011, p. 124; 101).

As lições a serem apreendidas na pós-modernidade baseando-se no modelo romano são muitas. E o resgate do coletivo e, assim, da Sociedade enquanto ator, enquanto agente, viabiliza a própria retomada da complexidade jurídico-política que havia sido simplificada e reduzida no paradigma moderno, conforme explicado no início deste tópico.

Considera-se necessário reconhecer o coletivo como categoria central da pós-modernidade para que ele possa ser colocado no mesmo patamar e em equilíbrio com o público e o privado. Consiste na inclusão e ênfase ao terceiro elemento excluído pela modernidade. Se o público e o privado tiveram centralidade nos tempos modernos, agora é a vez do coletivo. Não no sentido de que no novo paradigma ele seja mais importante que as demais dimensões. Fornece-lhe centralidade com intuito de permitir a superação de obstáculos advindos de tanto tempo de exclusão.

A asseveração de José Isaac Pilati (2011, p. 19) permite observar-se que a pós-modernidade, diferente do paradigma anterior, não exclui. Ela resgata, une e relaciona. Nesse sentido:

Se a Modernidade apropriou-se do coletivo em favor do particular, a Pós-Modernidade não pode

---

<sup>310</sup> O texto de José Isaac Pilati direciona-se a todos os bens coletivos extrapatrimoniais.

ir para o outro extremo: anular o particular num coletivo de feição estatal. Pois tal tese chega, por linha transversa e ironicamente, ao mesmo resultado que combate, porque deságua num coletivo autocrático, com a mesma feição da Modernidade.

Tal afirmação reforça o exposto sobre as propriedades coletivas propriamente ditas e evita interpretações que, em virtude do uso do termo *coletivo* em outros contextos históricos, procurem identificar o coletivo extrapatrimonial particularmente com o regime comunista. O modelo que se descreve não pretende excluir a apropriação privada do cenário pós-moderno (SILVEIRA, 2011, p. 200).

O resgate da dimensão coletiva no âmbito da classificação dos bens corresponde, conforme dito no início deste tópico, à inclusão do coletivo *no plano jurídico*. O que indica a necessidade de revisão da categorização dos bens feita pela modernidade para incluir o coletivo, com toda sua autonomia, ao lado dos bens públicos e privados.

Dessa nova classificação se institui um sistema organizado com base na tríplice dimensão: “de Coletivo x Privado x Estatal”, conforme as lições oferecidas por Roma (PILATI, 2011, p. 19).

O Código Civil brasileiro, a exemplo dos demais códigos modernos, continua a excluir a dimensão coletiva e a dividir os bens em públicos e privados – no sentido de que aqueles são do Estado e os demais dos particulares<sup>311</sup>. É manifesta a omissão em relação àqueles bens coletivos que pertencem à coletividade e não aos particulares nem às pessoas jurídicas de direito público. Para José Isaac Pilati (2005, p. 54-58; PILATI, 2011, p. 99), os bens deveriam estar classificados nos códigos em públicos – aqueles do Estado pessoa jurídica –, privados e coletivos ou sociais.

---

<sup>311</sup> O artigo 98 do Código Civil estabelece que: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam.”. O Código inclui, nos incisos I a III do artigo 99, dentre os bens públicos: “I – os de uso comum do povo, tais como mares, estradas, ruas e praças; os de uso especial e os dominicais; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias” e “III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.”.

A Constituição brasileira de 1988 suprimiu essa omissão do *plano jurídico* nacional ao reconhecer as propriedades especiais e, principalmente, as propriedades coletivas extrapatrimoniais. Tendo elencado dentre estas “o caso do bem ambiental e dos direitos sociais previstos a partir do art. 6º da CRFB, v.g., a saúde, que é direito de todos e um dever do Estado (art. 196)” (PILATI, 2011, p. 66; 99; PILATI, 2005, p. 57).

Com a inclusão da “terceira espécie de bens” na Constituição, ou seja, com o reconhecimento constitucional da autonomia jurídica, aquela classificação que deveria constar nos códigos passa a ser possível tomando-se por base o direito constitucionalizado (PILATI, 2011, p. 101; PILATI, 2008).

A autonomia desse bem acarreta, consequentemente, a identificação da Sociedade como sujeito coletivo, ou seja, como “atriz e protagonista” em qualquer situação que envolva um bem coletivo. Quadro que rompe a ideia liberal e dicotômica indivíduo privado x Estado, selada pela representatividade, e que garante a soberania da Sociedade no âmbito social<sup>312</sup>, no qual ela tem competências exclusivas (PILATI, 2011, p. 124; 110) a serem executadas por meio de procedimentos participativos próprios.

A inclusão da Sociedade como sujeito de direito consiste no resgate do coletivo tanto no *plano jurídico*, com a identificação de novo sujeito, quanto no *plano político*. Pois, nesse caso, diz respeito ao reconhecimento da capacidade de atuação direta – na qualidade de sujeito de “direito subjetivo fundamental de uma universalidade de condôminos” (PILATI, 2011, p. 124; 2-3) –, quando estiver em questão o exercício ou a tutela de bem coletivo.

Trata-se da atuação da Sociedade aos moldes romanos quando da deliberação das assembleias populares em questões relativas à *res publica*: o cidadão, *por ele mesmo e não por meio de representantes*, formava parte da assembleia popular e, por meio do voto participava, *diretamente*, da atividade política (BUJÁN, 2010a, p. 63).

A Constituição brasileira de 1988 *possibilita* o resgate da coletividade, também, como sujeito. Isso porque a Carta Magna instituiu a República participativa, na qual o *povo* pode exercer diretamente o po-

---

<sup>312</sup> Ao seu lado, o “Estado e o indivíduo são soberanos no político e no econômico” (PILATI, 2011, p. 110).

der soberano<sup>313</sup>, seja por meio de instrumentos<sup>314</sup> como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, ou ainda por meio de audiências públicas, conselhos nacionais, regionais e municipais.

Fala-se em *possibilidade* porque mesmo com a previsão de tantos instrumentos de participação – muitos deles a serem citados no tópico 3.1 – a sua funcionalidade atual conforma-se ao paradigma e racionalidade modernos. Não conseguem, ainda, captar a atuação da **Sociedade** enquanto sujeito coletivo autônomo e não se identificam enquanto elemento inerente a questões que envolvam os bens coletivos.

Assim, a não atuação concreta e efetiva da **Sociedade** deve-se, de um lado, ao fato de ela não ser reconhecida enquanto sujeito de direito e, de outro, à falta de estrutura, instrumentos e mecanismos apropriados para viabilizar a sua ação. Duas realidades que, na prática, não se separam.

Apesar de as interpretações atuais não alcançarem as alterações ora descritas em torno do tratamento da dimensão coletiva dos bens, já se constata, da Constituição brasileira de 1988 e da teoria desenvolvida por José Isaac Pilati, a existência de novo modelo jurídico-político capaz de assumir-se enquanto paradigma, orientado por lógica própria dos tempos pós-modernos: complexa, inclusiva e democrática. Quadro esse propício para o tratamento do direito coletivo à saúde.

Para compreender melhor em que consiste o novo paradigma jurídico-político, o qual permite estrutura própria para o exercício e a tutela do direito coletivo à saúde<sup>315</sup>, cabem algumas observações e esclarecimentos.

---

<sup>313</sup> **Art. 1º, parágrafo único:** Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos *ou diretamente*, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

<sup>314</sup> José Isaac Pilati (2011, p. 160) ressalta: “Os plebiscitos, referendos, consultas populares ganham no plano local a natureza de instrumento de exercício de direito, bem diferente dos congêneres de expressão política nacional. No plano municipal e no âmbito das discussões do plano diretor – que define o modelo de desenvolvimento do Município – o plebiscito e o referendo não são a voz de uma maioria, mas o complemento de um processo participativo democrático em questões locais concretas. Nessa dimensão, não sofrem das restrições da Lei nº 9.709/1998, pois que se trata da soberania popular dos municípios, em competência estrita, e não de questões do âmbito representativo nacional.”

<sup>315</sup> Neste sentido a ressalva de Silveira (2011, p. 204) de que “o fato de a coletividade figurar processualmente como mera destinatária, e não como titular de um direito, não constitui mera técnica processual, mas o corolário

Cumpra ressaltar, em primeiro lugar, que o paradigma que se descreve, justamente pela complexidade, deve ser recebido mais em termos de desafio e motivação para pensar do que como receita ou resposta, como bem alerta Morin (2001, p. 176, grifo nosso) ao dispor sobre o primeiro mal-entendido da complexidade. Nesses termos, “a complexidade deve ser o substituto eficaz da simplificação mas que, como a simplificação, *vai permitir programar e esclarecer*.”

Outra questão a ser elucidada consiste na identificação do significado empregado para o termo Sociedade – que ao longo do presente título foi grafado com a inicial maiúscula com intuito de diferenciá-lo da sociedade de indivíduos da modernidade – no contexto pós-moderno.

Dedica-se a tal questão para tentar demonstrar ao leitor a abrangência e a concretude que a *Sociedade* ou *Coletividade* assume no contexto pós-moderno procedimental. Tendo em vista a ideia de complexidade, objetiva-se apresentar um sentido para o termo e não conceito “fechado”. Procura-se evitar aquilo que Morin (2001, p. 183) denominou de sétima avenida da complexidade:

A avenida da crise de conceitos fechados e claros (sendo que fechamento e clareza são complementares), isto é, a crise da clareza da separação nas explicações. Nesse caso, há uma ruptura com a grande idéia cartesiana de que a clareza e a distinção das idéias são um sinal de verdade, [...].

Com base no contraponto romano, a Sociedade há de ser compreendida à luz do *populus* e da *res publica* – ideia que afasta a lógica e os conceitos modernos e exige nova racionalidade e a desconstrução de preceitos tão enraizados no plano social, político e jurídico.

O sentido aqui atribuído à Sociedade em nada se identifica com a ideia da sociedade civil ressignificada e o espaço público não estatal, realidades típicas de debates pós-modernos, mas que, sob a presente análise, ainda correspondem a orientações modernas. Essas realidades, citadas no tópico anterior no contexto de mudanças transicionais, serão observadas com mais vagar no capítulo 3.

A Sociedade que se antevê também não se identifica com unidade abstrata. Ela deve ser vista, assim como o *populus*, não como conceito

---

de um sistema jurídico-político-econômico que tem como vocação garantir o exercício de um direito de propriedade de roupagem moderna, virtualmente livre de qualquer limitação ou destinação coletiva.

jurídico-abstrato, mas com suporte existencial, com existência concreta<sup>316</sup>. Nesse sentido, entende-se a Sociedade como a organização jurídico-política de uma universalidade de cidadãos que se manifesta em procedimentos participativos organizados, estruturados por meio da articulação equilibrada com as demais autoridades, com escopo de salvaguardar os bens coletivos.

Trata-se, então, da Sociedade que só existe no procedimento, do qual fazem parte as autoridades eleitas e as estatais, assim como os indivíduos. Tal realidade exige estrutura específica e apropriada para se concretizar. E cobra, também, novo olhar sobre essa nova configuração que não se compreende por meio de interpretações elaboradas com base em sujeitos e categorias modernas e os papéis e funções a eles reservados pela modernidade jurídico-política.

Sob esta perspectiva, a Sociedade consiste em corpo com direitos e deveres, com titularidade própria, a qual não se desvincula da ideia de coletividade nem dos interesses coletivos. A Sociedade é, por isso, a noção que, assim como o *populus*, não se desconecta do bem que pertence a todos, do bem coletivo – chamado em Roma de *res publica* – nem da soberania. É em tal contexto que ela se caracteriza, ainda, como fonte do direito coletivo.

Dá a constatação de as novas “titularidades coletivas extrapatri-moniais” – como a do direito coletivo à saúde – exigirem que os processos relacionados aos bens coletivos – sejam eles legislativo, administrativo ou judicial – sejam democratizados (PILATI, 2011, p. 169). E que o sejam em conformidade com as peculiaridades.

Com a positivação da autonomia do bem coletivo saúde pela Constituição brasileira, somente a Sociedade, a coletividade personalizada, poderá dispor de tal bem. E só poderá fazê-lo mediante procedimento próprio<sup>317</sup>, o qual não se identifica nem se confunde com os processos voltados para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, definidos no Código de Defesa do Consumidor<sup>318</sup> (PILATI, 2011, p. 124; 95).

Dá a urgência de se resgatar o coletivo da saúde no âmbito procedimental:

---

<sup>316</sup> Como explicado sobre o *populus* anteriormente.

<sup>317</sup> “Com outras palavras: a autonomia do bem coletivo e sua equiparação ao direito subjetivo do proprietário são vitais à função social, e importam no reconhecimento da tutela respectiva, que se desloca do monopólio dos agentes estatais para a Sociedade, sem monopólios.” (PILATI, 2005, p. 65)

<sup>318</sup> Tema a ser retomado no título 3.1.



É que a dimensão de república participativa, em que se situam politicamente tais bens [coletivos próprios], exige um processo diferenciado, *em que os sujeitos não disputam a titularidade do bem, mas a sua preservação, restauração, recuperação perante toda a coletividade, inclusive o autor da lesão, particularmente responsabilizado*. Não se trata do processo estatal tradicional e sim do processo em dimensão de agora, presentes comunidade e autoridades, destinado a construir soluções de interesse coletivo, em face de bens fundamentais (PILATI, 2008, grifo nosso).

Torna-se clara a necessidade de atuação e deliberação da Sociedade, a exemplo do *populus* romano, em processos legislativos, administrativos e também judiciais, configurados para lidar com o coletivo. Para tanto, “utilizam-se as instituições de democracia direta dos romanos como referencial para a definição e o funcionamento de agora das instituições participativas da CRFB/1988” (PILATI, 2011, p. 3).

Sob tal aspecto ressalta-se outra lição a ser apreendida da configuração ora apresentada da Roma republicana: as deliberações da Sociedade acerca do bem coletivo saúde, nos processos participativos legislativos, administrativos ou judiciais, hão de ser caracterizadas e identificadas como regra própria, *coletiva*, que se diferencia das públicas e das privadas.

Aqui, ganham relevo as explicações tecidas no início do presente título em torno da concepção de *ius publicum* e *ius privatum*<sup>319</sup>. Isso porque as normas originadas das assembleias populares com as devidas formalidades constitucionais consistiam em *lex publica* (RAMOS, 1961, p. 63).

Dessa forma, a autonomia da saúde como bem coletivo deverá ser acompanhada por categoria nova de lei, que não é essencialmente representativa, mas participativa (como plano diretor da cidade, por exemplo). É a Sociedade quem decidirá o *conteúdo* da lei, sob organização de uma autoridade que a convocará e organizará a sua reunião, que só passará a ter validade quando houver a homologação da autoridade competente (PILATI, 2011, p. 95; 127). Em conformidade com o funcionamento equilibrado das instituições políticas romanas.

---

<sup>319</sup> Análise feita naquela oportunidade com base na obra de Poletti.

O mesmo pode ser dito para os processos relacionados a deliberações de nível administrativo que abrangem a elaboração e a operacionalidade das políticas públicas de saúde e dos demais instrumentos de planejamento na prestação de serviços públicos do setor, os quais dizem respeito ao bem coletivo saúde. As decisões acerca da gestão administrativa hão de ser tomadas pela Sociedade, devidamente convocada e organizada pela autoridade competente, e também ratificadas pela autoridade idônea, tornando-se norma coletiva, participativa.

No âmbito judicial também há de ser garantida a participação do novo sujeito quando estiver em questão o bem coletivo saúde, a exemplo das ações populares romanas. O acesso à justiça deve ser garantido à Sociedade. Esta atuará como parte no litígio para tutelar tal bem perante um juiz com novo papel. Juiz que não decidirá a lide, mas presidirá e conduzirá os debates sobre o conflito e, ao final, homologará o que for decidido pelas partes, aos moldes dos pretores romanos<sup>320</sup> (PILATI, 2011, p. 139; 126; 129). A ideia é sua atuação preventiva para evitar a judicialização dos conflitos. É um papel que existe concomitantemente à sua função tradicional.

Dessa nova configuração, a ser desenvolvida em relação às atividades dos três poderes estatais, resta evidente que o exercício e defesa da propriedade coletiva extrapatrimonial saúde, reconhecida pela República Federativa participativa, não se alcançam no contexto jurídico-político moderno.

Na República participativa, os procedimentos devem ser de democracia direta. Por isso, os processos que envolvam o direito coletivo à saúde, nas atividades de qualquer um daqueles poderes, apresentarão característica em comum: “a deliberação é da esfera da Sociedade, sob a condução de uma autoridade – eleita ou designada – e seu efeito coativo depende de homologação, ou do Parlamento, ou da autoridade compe-

---

<sup>320</sup> “O papel do pretor era auxiliar as partes na solução da controvérsia: [...] Ora a lição para hoje é de que nas demandas de natureza participativa, em face de os contendores serem condôminos do objeto em disputa, o juiz pós-moderno estará no processo como *magistrado*, mais do que *iudex*. Sua função será conduzir as partes à construção da melhor decisão para os interesses coletivos e homologá-la.” (PILATI, 2011, p. 129)

Assim: “Outra será a noção de conflito e de lide, de autor e réu (atores sociais), de composição dos interesses. Enfim, o processo passa a ser um campo de inclusão e não de exclusão – sempre que se tratar de objeto como ambiente, saúde pública, cultura, do qual ninguém pode se apropriar individualmente.” (PILATI, 2011, p. 163-164).

tente do Executivo, ou do Juiz da causa”<sup>321</sup> (PILATI, 2011, p. 130; 117-118).

As soluções em torno de bens coletivos somente se *constroem*, então, mediante o processo apropriado. Ou seja, com a atuação deliberativa da Sociedade em novos espaços políticos, “juntamente e sob condução das autoridades constituídas”. Lembrando que não há interferência das autoridades representativas nas decisões tomadas no processo participativo (PILATI, 2011, p. 170).

Trata-se de processo a ser configurado com base no exemplo do equilíbrio das instituições romanas – enfatizado até aqui – já que, apesar da dificuldade de se estabelecerem tais equilíbrios,

[...] o pendor institucional e aberto da organização do poder político, com mecanismos de resolução de litígios e formas constitucionais de atenuar tensões políticas e sociais, fazem da república o modelo de governo da *civitas* mas duradouro de sempre. (PINTO, 2009, p. 201)

Tudo isso indica que as questões em torno do direito coletivo à saúde, assim como de qualquer outro bem coletivo extrapatrimonial, não se solucionam apenas por meio do poder de polícia do Estado, pelas políticas públicas<sup>322</sup>, nem por qualquer de suas ações de governo tradicionais (PILATI, 2008; PILATI, 2011, p. 37; 100).

José Isaac Pilati (2011, p. 127) explica que

*A formação da vontade coletiva não se dá sem o devido processo*; porém, não no seio de um Estado autocrático e sim no seio e com os instrumentos da coletividade, no público da Sociedade. Não é que o Estado seja alijado do processo, pois o processo participativo é inclusivo e seu resultado envolve os três sujeitos. O papel do Estado é de auxiliar técnico, de parceiro, de financiador, de for-

---

<sup>321</sup> Na obra *Propriedade e função social na pós-modernidade*, José Isaac Pilati (2011, p. 130) exemplifica o processo participativo para os três casos: 1) processo legislativo: aprovação do Plano diretor; 2) processo administrativo: aprovação de organismos geneticamente modificados; 3) processo judicial: conflito envolvendo medicamentos excepcionais e o SUS. Esses exemplos serão abordados no título 3.3.

<sup>322</sup> Na sua configuração atual.

necedor de informações e infraestrutura. No processo coletivo – seja administrativo, legislativo, seja judicial – *o que se procura é uma decisão de consenso entre condôminos, perante as instituições políticas de soberania popular direta, participativa e não representativa.* (grifo nosso)

Na realidade, trata-se de completa (re)configuração de todo o processo decisional diante de novo paradigma jurídico-político. De novo desenho no qual, diante das crises de legitimidade do Estado e do direito, já citadas nos tópicos anteriores, não se cogita na extinção do Estado. A sua atividade deve ser constante, entretanto, sob nova perspectiva.

Exige-se Estado despido do caráter autocrático e unilateral, digno da dimensão da representação, para compor-se de novas vestimentas, de novos papéis e funções que lhe confirmem o caráter de colaborador na formação da vontade coletiva (PILATI, 2011, p. 117-118; 37; 75).

Dessa forma, alteram-se os papéis e as funções tanto do Estado quanto dos indivíduos. A título exemplificativo<sup>323</sup>, verifica-se que o indivíduo, “na sua esfera de direito subjetivo e liberdade, passa a dar cumprimento e ser solidário às deliberações que ele mesmo estabeleceu com o conjunto de interessados, na ágora de participação direta.” (PILATI, 2011, p. 111).

Recorda-se que o modelo romano aqui descrito era casuístico e ocupava-se com as questões do cotidiano. Como práticos que eram, a preocupação principal era criar e aplicar o direito, de forma a alcançar soluções jurídicas adequadas para cada caso concreto, e não definir e ordenar (SEIXAS, 2003, p. 1.053).

Considerando essa lição, a conformação de bens, sujeitos e processos na pós-modernidade – processos coletivos próprios – nos termos ora explicados, significará, ainda, a volta da casuística, sempre em concordância com o processo legal e a atuação da autoridade, tanto na condução do processo quanto na ratificação das decisões deles provenientes. Em cenário desse tipo, a obediência à autoridade é a grande virtude (PILATI, 2011, p. 36).

As propostas que surgem no contexto pós-moderno para lidar com o direito coletivo à saúde e com os demais direitos de mesma espé-

<sup>323</sup> Exemplificativo porque neste momento não serão examinados os papéis dos demais atores que atuam no processo coletivo. Tarefa a ser desenvolvida nos títulos 3.3 e 3.4 desta tese.

cie, sem levar em conta o quadro até aqui traçado, tornam-se inadequadas. A própria concepção da categoria dos direitos difusos, consiste, de acordo com José Isaac Pilati (2005, p. 7), num “remendo do sistema” que não restitui “as coisas aos devidos lugares”.

José Isaac Pilati (2011, p. 121) ressalta a importância da República participativa no novo constitucionalismo, que reconheceu as propriedades coletivas. E explica que nesse panorama o processo legal participativo é essencial e indispensável quando a decisão envolve, de alguma forma, o interesse ou bem coletivo. No entanto, o autor destaca que essa nova realidade ainda enfrenta resistências e exige a construção de estruturas de decisão compatíveis com a sua dimensão.

O resgate da dimensão coletiva exige resgate teórico que apreenda a sua complexidade. Apesar de o constitucionalismo ter cumprido o papel nessa transformação, a doutrina não o tem acompanhado. Esta ainda não percebeu a mudança que tal resgate envolve e, assim, não se atentou para a sua tarefa no contexto. É urgente o despertar da doutrina, já que sem a (re)personalização da Sociedade e a (re)classificação dos bens, de modo a inserir os bens coletivos, o resgate que até agora se descreveu não se realiza (PILATI, 2008; 2011, p. 37; 102). Esta tese busca, com ênfase no bem coletivo saúde e com base na teoria de José Isaac Pilati, colaborar para o desenvolvimento de tal panorama.

A demora e a ausência por parte da doutrina são facilmente constatadas em diversas teorias que já colocam em evidência a existência de direitos que são da sociedade, enquanto coletividade, ou seja, que são de todos, mas, no entanto, não lhes oferece tratamento apropriado<sup>324</sup>. É o caso do reconhecimento do direito de todos à saúde, descrito no título anterior e no início deste.

Por isso, a classificação das relações jurídicas que envolvem os bens coletivos, como a saúde, continua a ser forçadamente encaixada no esquema moderno e dicotômico de relações públicas ou privadas. Uma classificação que, ao tentar identificar os sujeitos e objetos ou conteúdos da relação jurídica, ainda se deparam com cenário composto por: dois grandes sujeitos (Estado e indivíduo); objetos ou conteúdos público-estatais e aqueles que são privados<sup>325</sup>.

Em todo o panorama, uma coisa é certa: a convivência, no constitucionalismo brasileiro, de dois modelos bastante distintos que devem

---

<sup>324</sup> O tema será trabalhado no título 3.1 por meio do exame do tratamento atual da dimensão coletiva do direito à saúde.

<sup>325</sup> Conforme explicado no tópico 1.1.

respeitar os limites das competências, dos objetos, dos titulares e das formas de exercício e tutela. De um lado as propriedades constitucionais especiais – principalmente as extrapatrimoniais ou coletivas propriamente ditas – com o direito coletivo, processos participativos, pluralismo, lei participativa e função social. De outro, a propriedade comum, individualista e representativa, que tem regras e diretrizes próprias, e expressa a conquista dos direitos individuais liberais da modernidade frente ao Estado, o público e todos os demais indivíduos. São regimes que, apesar de conformados em sistema de complexidade muito maior que a romana, convivem em harmonia<sup>326</sup> (PILATI, 2011, p. 46-47; 124).

Forma-se quadro em que o bem coletivo “deve ser lido, então, no sentido da limitação à configuração tendencialmente absoluta da noção de propriedade delineada pela modernidade” (SILVEIRA, 2011, p. 191).

O desafio a ser enfrentado consiste em alcançar a conciliação entre os dois regimes, entre os dois tipos de propriedade. Nas palavras de José Isaac Pilati (2011, p. 46), a questão coloca-se da seguinte forma: “Como conciliar as duas? Como construir a segunda, evitando que seja frustrada a primeira?”

Para encontrar resposta a tais questionamentos será necessário, em primeiro lugar, estruturar e por em prática o modelo jurídico-político próprio para o coletivo, nos termos indicados até aqui. Trata-se de tarefa que tem em vista não apenas as inadequações das configurações político-jurídico modernas para o novo paradigma, mas, principalmente, as potencialidades que surgem no período transicional, as novas oportunidades criativas e de inovação<sup>327</sup>.

Para tanto, adotando-se a teoria apresentada, o exercício e a tutela do direito coletivo à saúde cobram: a estruturação e a institucionalização de novos procedimentos participativos que realizem a Sociedade descrita linhas atrás; a especificação das etapas de tais procedimentos; o esta-

---

<sup>326</sup> “Antes, no campo da Modernidade, o paradigma do Estado Social (representativo); agora um novo paradigma, Pós-Moderno, da República Participativa, que não exclui nem impede o desenvolvimento dos outros dois elementos, mas que dá nova configuração ao espaço público, sem desautorizar o espaço privado – de liberdade e de garantias, sob a égide da propriedade. O coletivo não como reivindicação das ruas e dos protestos, mas instalado na lógica liberal, sob novo paradigma – atuando em tempo real, tal qual o titular de direitos patrimoniais, *na forma da lei*. Desde esse espaço coletivo, transformam-se o Direito e os papéis na Pós-Modernidade.” (PILATI, 2011, p. 111)

<sup>327</sup> Conforme explicado no tópico 1.2.

belecimento e a especificação dos novos papéis do indivíduo, dos órgãos do Estado, das autoridades eleitas e da Sociedade nos procedimentos criados; a (re)configuração dos instrumentos e mecanismos participativos já existentes e a criação de novos; (re)visão dos espaços de participação, de forma a desenhar e viabilizar participação direta da Sociedade com o auxílio das tecnologias da informação e comunicação, que também são elementos fundamentais do paradigma pós-moderno ou digital.

Esse empreendimento, enfim, significa mais do que a simples idealização de um desenho ou estrutura participativa. Ele indica toda a reestruturação da ordem jurídica e política. Isso porque o resgate do terceiro elemento possibilitará a retomada da complexidade, própria de tempos pós-modernos, possibilitando que, de um lado, sejam superados os condicionamentos impostos pelo paradigma moderno ao tratamento do coletivo, sob a orientação da propriedade privada e de suas dicotomias e, de outro, que a pós-modernidade, livre dos legados e amarras modernas, possa assumir-se como paradigma e desempenhar as funções de eixo de orientação de teorias, pensamentos, epistemologias, de práticas e, consequentemente, da relação entre Estado, indivíduo e Sociedade com profundos reflexos e transformações no modelo jurídico e político<sup>328</sup>.

Isso assinala que a pós-modernidade ainda significa fase transicional que vem tentando dar centralidade a categorias e elementos ao mesmo tempo que vai retirando as principais categorias modernas do posto. A retirada da centralidade da propriedade privada dominial consiste em grande luta paradigmática. Mesmo diante de novo modelo social ela ainda vem dando as cartas e disseminando a lógica proprietária e reducionista. Por isso, o resgate do coletivo para lidar com o direito à saúde é imprescindível.

Por meio dele, poder-se-á mudar toda a lógica que direciona o paradigma e, assim, será possível a concepção de um modelo participativo que garanta à Sociedade capacidade jurídica de exercício e tutela do direito coletivo à saúde, desvinculando-os, necessariamente, da representação e do voluntarismo do Estado e do indivíduo. Modelo no qual a participação direta se articula e convive com a democracia representativa – modelo, enfim, apropriado para o tratamento do direito coletivo à saúde.

---

<sup>328</sup> Nos termos analisados neste tópico.





## Capítulo 2

### **DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SISTEMA ÚNICO: INOVAÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS POR MEIO DOS CONSELHOS DE SAÚDE**

Este capítulo dispõe sobre o panorama geral de configuração, classificação, características e funções do direito à saúde a partir da Constituição de 1988, Carta que inaugurou o Estado Democrático de direito e a República Federativa Participativa e marcou a passagem jurídico-política do país para a pós-modernidade. Neste contexto, a saúde, como um dos tripés da seguridade social, foi reconhecida como um direito de todos a ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas formuladas e executadas no âmbito de um Sistema Único de Saúde (SUS). Este quadro, acrescentado dos princípios e diretrizes do Sistema Único, transformou a lógica e a organização do setor e foi responsável, também, pela alteração do modo de se exercer o direito de todos à saúde. Isto porque, nesta nova arquitetura, as políticas públicas, que antes eram deliberadas pelas autoridades competentes, saíram do seio do voluntarismo estatal e passaram a ser decididas por meio da participação “comunitária”, diante da instituição dos Conselhos de Saúde. Para possibilitar a compreensão desta configuração participativa, esta parte da tese explica o que é o SUS; apresenta as instituições que o compõe – dentre elas os Conselhos; descreve os princípios e as diretrizes do Sistema Único; analisa o que são as políticas públicas, a sua relação com o SUS e com o direito à saúde, a sua formulação participativa e os desafios que elas têm que lidar na fase de transição paradigmática; menciona alguns reptos que se apresentam para a operacionalização do SUS, tanto sob a perspectiva paradigmática quanto do próprio Sistema.

#### **2.1 O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Durante grande parte da modernidade a saúde não foi identificada como direito. O reconhecimento ocorreu quando da mudança do modelo de Estado liberal para o social. Na ocasião a saúde passou a integrar a

categoria dos direitos sociais<sup>329</sup> e foi classificada, em função de tal categorização, como direito de segunda geração<sup>330</sup>, ao lado dos direitos culturais e econômicos<sup>331</sup>.

No contexto de crise do paradigma moderno e de surgimento do pós-moderno, o quadro jurídico-político sofreu profundas modificações, tendo o Estado assumido a feição de Estado Democrático de Direito, nova e aperfeiçoada versão do modelo Social, que reconheceu *a saúde como direito de todos* e dever do Estado.

Em tempos mais avançados da pós-modernidade o Estado Social passou a receber severas críticas e a ser apontado como modelo pesado, caro e ineficiente para a concretização dos direitos sociais. Formou-se, então, o quadro propício para o desenvolvimento de propostas de reformas estatal e administrativa, de caráter neoliberal, que afetaram e estão ainda afetando a forma de lidar com o direito à saúde<sup>332</sup> – realidade que tem refletido nas recentes reformas dos sistemas de saúde.

Essas considerações iniciais, que retomam os exames elaborados no capítulo 1, demonstram que o tratamento da saúde varia em função do modelo assumido pelo Estado e pelo direito em cada época concreta. Dessa forma, a importância da diferenciação de cada período justifica-se em virtude de o direito à saúde ter recebido abordagens diversas em cada um deles.

Nos modelos precedentes ao Estado Democrático de Direito, os direitos sociais caracterizaram-se, em geral, por um ciclo de baixa normatividade e por eficácia duvidosa. Atributos que colocaram em questão a juridicidade e os remeteram para a esfera da programaticidade “em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade” (BONAVIDES, 2010, p. 564).

---

<sup>329</sup> Esta categoria, na Constituição de 1988, não forma grupo homogêneo em relação nem ao conteúdo nem à forma de positivação (SARLET, 2010, p. 200).

<sup>330</sup> Piovesan (2007, p. 141-142) tece críticas à classificação dos direitos em gerações. Considera que o termo *gerações* indica que a geração de um direito é substituída por outra. Por isso, a autora procura afastar a “equivocada visão da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”.

<sup>331</sup> Conforme analisado no título 1.1.

<sup>332</sup> Como verificado nas explicações tecidas no tópico 1.2.

Embora sejam esses os traços mais marcantes dos direitos sociais em tais períodos, alguns episódios indicaram os primeiros sinais de mudança rumo ao desenvolvimento de tais direitos e, assim, do direito à saúde. Dentre eles, citam-se: a criação do sistema de *seguro social* na Alemanha de Bismark; a expansão do modelo de seguro social para a maioria dos países europeus (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 118); o desenvolvimento de políticas sociais e a criação do planejamento na Rússia<sup>333</sup> (PAIM, 2008, p. 769)<sup>334</sup>.

No Estado Democrático de Direito<sup>335</sup>, característico do paradigma jurídico-político pós-moderno, o direito à saúde – assim como os demais direitos humanos e, principalmente, os sociais – obteve grandes avanços. Colaborou para o quadro a disseminação das políticas keynesianas intervencionistas e do modelo de proteção social denominado *seguridade social*<sup>336</sup>. Além disso, conforme visto no capítulo anterior, os organismos internacionais tiveram grande influência para a obtenção de tais progressos. Observou-se que os documentos internacionais, principalmente os produzidos pela ONU e pela OMS, influenciaram a elaboração dos textos constitucionais do pós-45 e, dessa forma, a constitucionalização do direito de todos à saúde. A partir de então, pôde-se falar em direito social fundamental à saúde, que forma, junto aos demais direitos fundamentais, o alicerce dos Estados democráticos de direito.

O cenário, que faz parte da configuração jurídico-política formada no período transicional descrito no título 1.2<sup>337</sup>, somente foi verificado no Brasil a partir da Constituição de 1988. A Carta Magna emergiu como documento basilar para a institucionalização dos direitos humanos no cenário brasileiro. Representou imenso avanço ao incrementar o elenco de direitos e garantias fundamentais e foi, por isso – e nessa área –, considerada uma das Constituições mais avançadas do mundo (PIOVESAN, 2007, p. 12, 24-25).

Antes de analisar o direito à saúde fundando-se nessa realidade é importante tecer breves considerações acerca das peculiaridades da configuração jurídico-política no Brasil. Isso porque o panorama brasileiro não corresponde, precisamente, às descrições elaboradas no capítulo 1 em torno da modernidade e da pós-modernidade.

---

<sup>333</sup> Conforme exposto no tópico 1.1.

<sup>334</sup> Fatos já mencionados no título 1.1.

<sup>335</sup> Modelo de Estado descrito no tópico 1.2.

<sup>336</sup> Conforme já mencionado no tópico 1.2.

<sup>337</sup> De formação do paradigma digital ou pós-moderno.

Após apresentar os “pressupostos da modernidade jurídica burguesa”, Wolkmer (2005, p. 35-36) observa, com muita pertinência, que:

Uma vez configurados os principais traços do Direito Moderno na sociedade liberal-individualista ocidental, há de se verificar, agora, de um lado, que aspectos desta legalidade (em suas idéias jus-filosóficas e em seus principais institutos) são transportados e adequados para o contexto evolutivo das nossas instituições e, de outro, que particularidades histórico-políticas (patrimonialismo<sup>338</sup>, burocracia, tradição conservadora e herança liberal) são herdadas, incorporadas e assimiladas a partir do processo de colonização lusitana.

As instituições brasileiras, assim como os seus atores sociais, possuem peculiaridades que influem profundamente na estruturação do modelo de Estado e do direito no país. Por isso, são fatores que não podem ser ignorados<sup>339</sup>.

Santos (2003, p. 378) discorre sobre a longa tradição política autoritária que marca o Brasil e cita alguns aspectos da configuração estatal, política e cultural decorrente da predominância da oligarquia, do patrimonialismo e da burocracia. Dentre os quais, menciona a marginalização das classes populares, tanto no âmbito político quanto no social,

[...] ou a sua integração através do populismo e do clientelismo; a restrição da esfera pública e a sua privatização pelas elites patrimonialistas; a “artificialidade” do jogo democrático e da ideologia liberal, originando uma imensa discrepância entre o “país legal” e o “país real”.

As considerações seguem no sentido de que o Brasil nunca se libertou da herança patrimonialista e, assim, do “signo da má definição do público e do privado”. Observa-se, ainda, que no país não houve a con-

---

<sup>338</sup> Wolkmer (2005, p. 35) explica que o patrimonialismo é categoria que “deve ser interpretada sob a ótica do referencial Weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”.

<sup>339</sup> No entanto, não há pretensão de aprofundar as análises acerca do tema.

solidação do Estado Liberal e, sequer, de verdadeiro Estado Social, restando evidente apenas a existência “paralela e onipresente de um Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravos e dos exportadores de café” (BARROSO, 2010, p. 68).

Enquanto na Europa ocidental passava-se pelo período inicial do Estado Social, entre 1850 a 1925 (TOUCHARD, *apud* CRUZ, 2007, p. 18), no Brasil<sup>340</sup> lidava-se com o *constitucionalismo da primeira República*. Fase que inaugurou a segunda época constitucional no país<sup>341</sup> e foi marcada pela adoção de dois modelos americanos: o presidencialismo e o federalismo<sup>342/343</sup>. Com a Constituição de 1891, formou-se uma modalidade de Estado liberal – configuração inspirada no modelo americano<sup>344</sup> (BONAVIDES, 2010, p. 364-365).

O texto constitucional apresentou completa previsão formal das instituições liberais sem, contudo, conexão com a realidade brasileira. “Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida”. Verificou-se, na época, quadro marcado pelo poder “real e efetivo” do coronelismo (SILVA, 1998, p. 80-82). Fato que refle-

---

<sup>340</sup> De acordo com Bonavides (1995, p. 226): “Houve copiosas resistências à aceitação da expressão *Estado social*, particularmente quando ela foi introduzida em nosso País. Nunca li na literatura jurídica brasileira referência a esse Estado, antes da aparição do trabalho intitulado *Do Estado liberal ao Estado social*, de minha autoria, publicado em 1958, ao conquistar uma cátedra de Direito na Universidade Federal do Ceará. Expus e defendi naquele ensejo a tese de uma nova forma de organização para as instituições básicas da sociedade, tomando por ponto de partida e de apoio o novo direito constitucional positivo da Alemanha, a saber, o Estado social da Carta de Bonn de 1949.”

<sup>341</sup> A primeira época do constitucionalismo no Brasil, o do império, estende-se de 1822 a 1889 e é marcada pela inspiração francesa e inglesa (BONAVIDES, 2010, p. 362).

<sup>342</sup> “Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembléia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano.” (BONAVIDES, 2010, p. 364)

<sup>343</sup> Institutos analisados no título 1.1.

<sup>344</sup> O que ocorreu sob a influência de Rui Barbosa (BONAVIDES, 2010, p. 364-365).

tiu o significado do liberalismo brasileiro<sup>345</sup>, responsável pela reorganização do poder nacional com base na junção de dois elementos ambíguos: formas liberais e oligarquia agrária (WOLKMER, 2005, p. 75-76).

O Estado Social consolidava-se na Europa ocidental, entre 1929 e 1945 (TOUCHARD, *apud* CRUZ, 2007, p. 18), quando veio dar os primeiros sinais no Brasil por meio da Constituição de 1934<sup>346</sup>. Surgia o *Constitucionalismo do Estado Social* sob a influência das Constituições de Weimar e de Bonn<sup>347</sup>. Era o início da terceira época constitucional no país, na qual se inserem as constituições de 1946<sup>348/349</sup> e a de 1988 (BONAVIDES, 2010, p. 366-367).

---

<sup>345</sup> Na Inglaterra, França e Estados Unidos, “o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo”.

<sup>346</sup> “A Constituição de 1934, consequência da Revolução de 30 e refletindo uma época de mudanças sócio-econômicas, caracterizou-se por ser um pacto político híbrido, sem unidade ideológica que, através de seus pressupostos herdados da Carta Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de Weimar (1919) introduziu, pela primeira vez, os postulados do Constitucionalismo social no país.” (WOLKMER, 2005, p. 112)

<sup>347</sup> “Nesses textos colhe-se um profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições brasileiras; influxo que parte tanto da Constituição de Weimar como da Lei fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934, ao passo que a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém não menos eficaz, mormente em termos doutrinários.” (BONAVIDES, 2010, p. 367-368).

<sup>348</sup> Essa Constituição, assim como as de 1937, de 1967 e de 1969, representa, segundo Wolkmer (2005, p. 112), “um constitucionalismo de base não democrática (no sentido popular), sem a plenitude da participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico de uma legalidade individualista, formalista e programática”. No entanto, Sueli Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 56) destacam que a Constituição de 1946 “frutificou uma espécie de repúdio ao espírito autoritário que imbuía sua predecessora”, a Constituição de 1937.

<sup>349</sup> Destaca-se que: “No Brasil, o final da Segunda Guerra Mundial coincide com o fim do governo Vargas, o que levou à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, que culminou com a promulgação da Constituição de 1946. Apesar dos avanços democráticos na nova carta, em relação à saúde o texto continuava alcançando apenas os trabalhadores e as gestantes do trabalho e da previdência.” (AGUSTINI, 2009, p. 46).

A Carta de 1934<sup>350</sup>, que também teve influência da Constituição mexicana de 1917, integrou ao direito constitucional positivo do país os direitos fundamentais da segunda dimensão (SARLET, 2010, p. 185).

Em relação às três Constituições ora mencionadas, Bonavides (2010, p. 368) afirma que em todas elas

[...] domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.

Uma das grandes transformações que evidenciou a atuação do modelo de Estado Social consistiu na limitação do direito absoluto de propriedade<sup>351</sup>. Mudança iniciada no Brasil com a Constituição de 1934<sup>352</sup> e que ganhou destaque nos anos 60, diante de três leis federais que delineavam, de acordo com José Isaac Pilati (2008), perfil de função social: “Lei 4.132/62 (*Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação*); Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e Lei 4.947/66 (*Fixa normas de direito agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária*).”

Sem pretensão de fazer um histórico do direito constitucional brasileiro, cabe ressaltar, pela importância do período para a configuração do sistema de saúde no país, que apesar de a década de 60 ter apresentando legislação infraconstitucional com aspecto social em relação à

---

<sup>350</sup> Foi a primeira Constituição brasileira a se referir explicitamente à questão da saúde. “O art. 121, do referido diploma legal remetia à lei, a disciplina de direitos à assistência médica e sanitária ao trabalhador.” (AGUSTINI, 2009, p. 44).

<sup>351</sup> Realidade que corresponde ao período experimental do Estado Social nos países da Europa ocidental, conforme citado ao final do tópico 1.1.

<sup>352</sup> José Isaac Pilati faz referência ao art. 113, n. 17.

propriedade, na área da saúde os incentivos ao setor privado foram imensos.

Além disso, o período contou com duas cartas constitucionais – de 1967 e de 1969 – de caráter centralizador, arbitrário e antidemocrático. Documentos que reproduziram “a aliança conservadora da burguesia agrária/industrial com parcelas emergentes de uma tecnoburocracia civil e militar”<sup>353</sup> (WOLKMER, 2005, p. 114).

Da análise sobre a evolução do direito público no país, com base nas principais constituições, Wolkmer (2005, p. 116) afirma que o “Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da ‘conciliação-compromisso’ entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador”. Para ele:

A tradição de nosso constitucionalismo, portanto, primou sempre por formalizar toda a realidade viva da nação, *adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos*. Em regra, as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades imediatas da sociedade. (WOLKMER, 2005, p. 114, grifo nosso)

Apesar da constatação, o autor reconhece que a nova Constituição – de 1988 – significou avanços no cenário nacional, principalmente em relação ao combate do autoritarismo e à consagração de direitos em virtude da participação de movimentos sociais organizados (WOLKMER, 2005, p. 114-115). Trata-se de cenário muito claro na área da saúde com o movimento da reforma sanitária, a ser analisada a seguir.

Referindo-se à mesma Carta constitucional, Barroso ([s.d.], p. 258-259) afirma que, “por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos”. O que levou, de acordo com o

---

<sup>353</sup> “A ascensão do elemento militar ao poder colocou a farda na crista dos acontecimentos e do regime por um período de mais de 20 anos, em rigor até 5 de outubro de 1988, data em que o Governo de transição do Presidente Sarney viu promulgada no País a Constituição vigente.” (BONAVIDES, 2010, p. 367)



autor, a um texto não apenas analítico, mas prolixo e corporativo. Mas que, no entanto, tornou-se o centro do sistema jurídico, retirando o “velho Código Civil” dessa posição.

Essas observações levam a refletir que, não por acaso, a Carta mantém caráter “liberal, formalista e vulnerável” que abre espaço para múltipla abrangência: de um lado permite às elites legitimarem sua vontade e manterem o *status quo* e, de outro, viabiliza a modernização da sociedade, porque,

[...] além de consagrar mecanismos da democracia direta e de maior participação e autonomia municipal, novos direitos comunitários foram previstos, principalmente aqueles instrumentalizados pela figura inovadora dos sujeitos sociais, como entidades sindicais, associações civis etc.<sup>354</sup> (WOLKMER, 2005, p. 114)

Apesar das críticas e do legado histórico das instituições e cultura brasileiras, não há dúvidas acerca da mudança jurídico-política alcançada com a Constituição Federal de 1988. Com inspiração nas Cartas constitucionais do pós-45, ela foi elaborada como a Lei fundamental de um Estado Democrático de Direito que tem como eixo central os direitos fundamentais e a obrigação estatal de concretizá-los. Dessa forma, a Carta de 1988 insere o país em novo panorama correspondente aos traços gerais do paradigma jurídico e político do período pós-moderno ou paradigma digital descrito no tópico 1.2.

Importante observar que, enquanto o novo constitucionalismo na Europa “continental” marcou o período posterior à Segunda Guerra Mundial, com exemplos marcantes na Alemanha e na Itália, no Brasil ele foi assinalado pela Constituição de 1988 e pelo processo de abertura democrática que esteve na sua base (BARROSO, 2010, p. 245).

Diante de tais descrições constata-se que o novo paradigma – seja no seu aspecto geral, seja no político e jurídico – já se difundia pelo Brasil. Mas há que considerar que, neste país,

[...] vive-se, a um só tempo, pré-modernidade (pense-se nas comunidades de pescadores da Amazônia), modernidade (pense-se no crescimento e no desenvolvimento tecnológicas que agora

---

<sup>354</sup> Nessa passagem o autor refere-se à obra de Eduardo K. Carrion.

aportam em certas cidades brasileiras) e pós-modernidade (pense-se em metropolizações e conturbações urbanas dos grandes centros populacionais brasileiros). Ao se falar do impacto de fenômenos pós-modernos (informatização e telecomunicação mundial, globalização econômica, comunidade em rede, privatização do Estado, terceirização das responsabilidades sociais, multinacionalização de empresas brasileiras, perda da soberania nacional em prol de forças internacionais, [...] *na realidade brasileira deve-se também ter em consideração que a pós-modernidade não é um fenômeno homogêneo nas dimensões continentais brasileiras*. De norte a sul, de leste a oeste, não se pode falar em homogeneidade na condução das políticas públicas, na aplicação da legislação, no desenvolvimento de atividades sociais etc., uma vez que o regionalismo é um dado forte na divisão econômica, cultural e social da República Federativa do Brasil. (BITTAR, 2009, p. 218-219, grifo nosso)

Feitas as observações preliminares, há de se reforçar que as características relativas ao denominado neoconstitucionalismo foram incluídas no cenário brasileiro em 1988. Das diversas e complexas consequências dessa realidade destacam-se, no momento: a normatividade do texto constitucional; a ênfase na atuação positiva do Estado; a centralidade no papel dos juízes e na nova hermenêutica. Três aspectos interconectados e essenciais para a compreensão e aplicação do direito à saúde no país que, por isso, não podem ser desconsiderados na presente tese.

Até a promulgação do texto pátrio, pode-se asseverar que vigoraram no país as particularidades específicas do período experimental do Estado Social: a baixa normatividade dos direitos sociais, sua eficácia e juridicidade duvidosas e o caráter programático<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> Ao discorrer sobre o Brasil de 1934, Bonavides (2010, p. 368) afirma que: “Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia. Não se deve porém diminuir a importância que ele já assumiu como força impulsora de modernização, trazendo às insti-

Afirma-se que os *debates* sobre a força normativa da Constituição, uma das mais importantes características do constitucionalismo do pós-45, já estavam presentes no Brasil na década de 80, encarando, porém, muitas resistências. Daí que a grande modificação do quadro ocorreu apenas com a Constituição de 1988 e, conseqüentemente, com a doutrina e jurisprudência<sup>356</sup> que a acompanharam e tornaram possível o rompimento com o passado no qual as Constituições eram “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2010, p. 263).

Recorda-se que essas transformações foram possíveis em virtude do processo de redemocratização que se desenrolava no país nos anos 80. Assim, não se pode olvidar que a luta pela democracia e a atuação direta da sociedade foram fundamentais para a introdução do novo constitucionalismo.

Na área da saúde a participação, mesmo antes da realização da Constituinte, teve destaque e ganhou força para influenciar diretamente na elaboração do texto constitucional. Isso porque a década de 80 foi marcada pela intensa atividade do movimento sanitário e contou com grande marco na história da política de saúde no Brasil: a 8ª Conferência Nacional.

Essa foi a oportunidade em que, pela primeira vez, houve a participação da comunidade e de técnicos nos debates sobre as políticas da área e pela qual se introduziu novo conceito de saúde, mais amplo (BAPTISTA, 2007, p. 49; 550), inspirado nos textos internacionais citados no título 1.2, que foi incorporado à Constituição de 1988.

---

tuições um sopro claramente renovador. Dentro, é óbvio, das bases programadas nas estruturas da lei maior”.

<sup>356</sup> Conforme citado em outra oportunidade em artigo conjunto com Sérgio Cademartori (CANUT; CADEMARTORI, 2011, p. 29): “Maia (2009, p. 162-163) elaborou análise da exigibilidade judicial do direito à saúde e o neoconstitucionalismo com base no exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Após citar ao menos três casos que abordavam o direito à saúde, o autor concluiu que o neoconstitucionalismo tem sido ‘parcialmente’ recebido e utilizado no STF, já que nem todo o potencial teórico do novo constitucionalismo tem permitido atuação mais contundente do Judiciário, o qual ainda continua ‘apegado ao formalismo e a uma leitura inadequada do princípio da separação dos poderes características de um tempo liberal e positivista’. No entanto, ele cita que em alguns casos a Suprema Corte brasileira, ‘parece sinalizar que o caminho a ser trilhado é o da associação das teses (ou pelo menos de algumas) do neoconstitucionalismo’.”

Em virtude das propostas e reivindicações do movimento sanitário no âmbito das discussões da Assembleia Constituinte de 1987/1988 – com base, principalmente, no relatório final da 8ª Conferência Nacional –, o direito à saúde foi previsto no texto constitucional de 1988, no artigo 6º<sup>357</sup> (BAPTISTA, 2007, p. 49,50), como direito social fundamental. Foi a primeira Constituição brasileira a reconhecer o direito à saúde como direito fundamental.

Além disso, a Carta Magna dispôs sobre o direito à saúde<sup>358</sup> nos artigos 196 a 200. *O artigo 196*<sup>359</sup> *elevou a saúde a um direito de todos, a ser garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo não apenas a recuperação da saúde, mas também a promoção e a proteção, de forma a reduzir o risco de doença e outros agravos*<sup>360</sup>.

O texto reconheceu a relevância pública das ações e serviços públicos de saúde (art. 197, CF), deixando “claro que o bem jurídico saúde tem preponderância no sistema jurídico brasileiro” (BRASIL, 2006, p. 51-52).

Com fulcro no receio do movimento sanitário de que houvesse apenas a previsão genérica a respeito do dever do Estado para a realização do direito à saúde, sem qualquer menção a respeito do detalhamento e meios para tal concretização, a Constituição incluiu dispositivos voltados para garantir a concretização como, por exemplo: “demarcou a necessidade de envolvimento dos entes federados para sua efetivação (art. 23, II), definiu a abrangência das ações em saúde (art. 198, II) e deter-

---

<sup>357</sup> **Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010*) (BRASIL, 1988)

<sup>358</sup> No Título VIII – *da ordem social* –, Capítulo II – *da seguridade social* –, seção II – *da saúde* (arts. 196 a 200).

<sup>359</sup> **Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

<sup>360</sup> O artigo 2º, *caput*, e o § 1º da Lei 8.080/90 reafirmam o dever do Estado no âmbito da saúde: **Art. 2º.** A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. **§ 1º** O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e de outros agravos. (BRASIL, 1990)

*minou a criação de um sistema único, ao qual foi atribuído o dever de dar efetividade ao direito à saúde.”* (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 77, grifo nosso).

Assim, o texto constitucional instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), (art. 198)<sup>361</sup>, e estabeleceu, ainda, que a política de saúde deve ser definida com a participação da sociedade (art. 198, III – e Leis 8.142/90 e 8.080/90).

Além dos posicionamentos favoráveis à instituição do sistema público e universal de saúde, recordam-se as pressões do domínio privado para garantir a participação no setor, seja de forma complementar, seja de forma suplementar, nos termos da previsão do artigo 199, § 1º, e *caput*, respectivamente<sup>362</sup>.

No novo quadro constitucional o direito à saúde passou a apresentar novas características e classificações. Assumiu as peculiaridades dos direitos fundamentais<sup>363</sup> e, particularmente, as especificidades de direito social. Sem pretensão de apresentar quadro teórico abrangente e detalhado das características e grandes questões que circundam o direito fundamental à saúde no país, apontar-se-ão alguns dos principais traços e debates que o envolvem.

Não se ocupará em elaborar apresentação inicial com as descrições e características mais importantes do direito à saúde. Elas serão expostas à medida que forem tratados aqueles três pontos supracitados – normatividade, atuação positiva do Estado e a exigibilidade judicial. Na abordagem desses aspectos discorrer-se-á, brevemente, sobre os seguin-

---

<sup>361</sup> **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

<sup>362</sup> Como será analisado no próximo tópico.

<sup>363</sup> Como os demais direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde apresenta uma fundamentalidade formal e material. Na Constituição brasileira, a primeira apresenta-se sob três perspectivas: a) como norma de superior hierarquia; b) como limite formal e material (cláusula pétrea) da reforma constitucional; c) como as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que por serem diretamente aplicáveis vinculam os órgãos estatais e os particulares. Já a segunda, a fundamentalidade material, “encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – [...]” (SARLET, 2002, p. 3).

tes temas: a) aplicabilidade direta e imediata; b) classificação como direito prestacional em sentido estrito; c) políticas públicas; d) dimensão objetiva e subjetiva; e) classificação como direito originário e derivado; f) exigibilidade judicial.

Tais divisões são feitas apenas por razões metodológicas. Verificar-se-á que os três aspectos e os temas a eles relacionados se entrecruzam e que a análise do direito à saúde, de acordo com sua real complexidade, deve levar em conta essa imbricação.

Cabe evidenciar mais uma questão introdutória: a importância de se classificarem os direitos fundamentais, e para o presente caso, o direito à saúde quando da sua aplicação aos casos concretos.

Sarlet (2010, p. 159, grifo nosso) destaca a dificuldade de se elaborar classificação com base em critérios objetivos e funcionais. Mas, apesar de considerar tal tentativa problemática e complexa, afirma sua relevância pelo fato de ela possibilitar não apenas visão global e sistemática dos direitos fundamentais, mas também a obtenção de “parâmetros objetivos para sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo a determinação do *regime jurídico aplicável*”.

Logo no início deste tópico mencionou-se que o direito à saúde é *direito social* que integra a *segunda geração*. No entanto, ainda que haja difusão das duas classificações, elas não oferecem muitas vantagens quando se pretende organizar os direitos fundamentais de acordo com as suas funções e com a força jurídica dos preceitos em que eles estão consagrados. No quadro constitucional brasileiro, em que todos os direitos fundamentais submetem-se, em tese, ao mesmo regime jurídico<sup>364</sup>, ou-

---

<sup>364</sup> Andrade (2009, p. 127) discorre sobre a diferença entre “direitos, liberdade e garantias” e os “direitos económicos, sociais e culturais” estabelecida pela Constituição portuguesa. Ele afirma que “esta distinção é relevante, não tanto pela circunstância de a Constituição sistematizar assim os títulos que dedica à matéria, mas sobretudo por definir um *regime específico* para os direitos, liberdades e garantias. Acresce que as características próprias do regime indicam e pressupõem um recorte *substancial* da categoria a que se aplicam”. No mesmo sentido manifesta-se Canotilho (2003, p. 415): “A Constituição – desde o texto originário de 1976 até o texto resultante da Lei nº1/97 (4ª revisão), passando pelo texto da 1ª Revisão (Lei nº 1/82) e da 2ª Revisão (L 1/89) –, não consagrou uma disciplina jurídico-constitucional unitária dos direitos fundamentais [...]”. Um cenário que indica a diferença do tratamento constitucional brasileiro, conforme observado por Sarlet e já citado na presente tese. Andrade (2009, p. 178) afirma que em relação aos direitos sociais a Constituição portuguesa não prescreveu o regime de aplicabilidade imediata. Para esses “há uma ‘delegação’

tras categorizações tornam-se essenciais: a) a de direitos fundamentais como direitos de defesa e como direitos a prestações; b) a distinção entre direitos derivados e direitos originários a prestações (SARLET, 2010, p. 160-161; 167).

Ao se referir à existência do mesmo regime jurídico para todos os direitos fundamentais no constitucionalismo do país, Sarlet (2010, p. 160; 261-263; 268) alude ao disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, segundo o qual: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Assim, mesmo que previsto fora do artigo 5º, garante-se ao direito à saúde a aplicabilidade imediata constante do §1º, do artigo 5º (SARLET, 2010, p. 262-263; AGUSTINI, 2009, p. 34-37). Tal reconhecimento torna, ainda, a norma do artigo 196 da Constituição autoaplicável e de eficácia, também, imediata (SCHWARTZ, 2001, p. 57). Essa abrangência pode ser constatada na seguinte passagem:

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. (SARLET, 2010, p. 263).

O conteúdo de tais constatações refere-se ao primeiro aspecto do direito à saúde supramencionado e ao primeiro tema a ele relacionado: a normatividade e a aplicabilidade direta e imediata desse direito, respectivamente.

Uma das grandes particularidades da força normativa dos dispositivos constitucionais diz respeito, ao lado do carácter vinculativo, à capacidade de gerar direitos e obrigações direta e imediatamente aplicáveis e, por isso, passíveis de serem exigidas<sup>365</sup> perante o Estado. Com o reconhecimento da aplicabilidade do direito à saúde, nos termos acima explicitados, foi possível superar aquela visão que considerava as normas constitucionais a seu respeito como intenções políticas, como normas programáticas dirigidas ao legislador.

---

constitucional no legislador da competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos;”.

<sup>365</sup> Conforme já explicado no tópico 1.2.

Apesar de Sarlet (2002, p. 9; 2010, 268; 271) afirmar que “não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição”, ele ressalta que esse preceito não pode ser superestimado nem subestimado. Para o autor, ainda que todos os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis, “não há, por certo, como sustentar que o sejam de forma idêntica”. Por isso, àquela disposição constitucional deveria ser atribuído “o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”. Na perspectiva em que o referido dispositivo constitucional apresentaria caráter de norma-princípio. O autor explica que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (SARLET, 2010, p. 271).

Das análises, ele considera que o direito à saúde, a título exemplificativo para os demais direitos com cunho “programático”, não terá a mesma eficácia dos subjetivos. Isso porque, mesmo que esse direito envolva um complexo de deveres<sup>366</sup> e direitos subjetivos negativos e

---

<sup>366</sup> Diante da explicação ora elaborada, o direito à saúde é, também, um dever. Algo que no constitucionalismo pátrio é reconhecido expressamente no disposto no artigo 196. E assim, é preciso “reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2002, p. 5)

“Assim, mesmo que não se vá aqui explorar este aspecto, importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares no que diz respeito com sua efetivação.



positivos, o seu tratamento no artigo 196 da CF deixa claro que se trata de tarefa, objetivo de o Estado promover e proteger a saúde de todos por meio de políticas públicas, o que para o autor faz a norma assumir a “condição de norma de tipo programático” e de baixa normatividade (SARLET, 2010, p. 295).

O autor reforça que o caráter programático não afasta, de forma alguma, a eficácia de tais normas. Não leva a considerá-las “meras proclamações de cunho ideológico ou político”, e não lhes retira o “caráter de autênticas normas jurídicas no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico” (SARLET, 2010, p. 292-293).

Mesmo diante dessas explicações, e tendo em vista orientar-se o presente tópico com base na teoria do referido autor, não se adotará a designação “programática” ou baixa normatividade para as normas constitucionais relativas ao direito à saúde. Acredita-se que os termos ainda apresentem muita conexão com aquele passado próximo, no qual tais normas não eram “levadas a sério” – quando vistas apenas como programas políticos e não tinham caráter impositivo.

Tanto isso é verdade que autores como, por exemplo, Bonavides e Barroso discorrem sobre a baixa normatividade dos direitos sociais antes do novo constitucionalismo referindo-se ao caráter programático que tais normas assumiam naquele contexto, de acordo com o sentido já mencionado no início deste capítulo e no tópico 1.2.

Luño (1995, p. 21) manifesta-se no mesmo sentido ao considerar que a perda do caráter programático e a aplicabilidade e exigibilidade direta e imediata impuseram ao Estado a obrigação de atuação positiva. O autor afirma que os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para tornarem-se conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos<sup>367</sup>.

Enfatiza-se a opção em não utilizar o termo *programático* diante das análises de Canotilho (2008b, p. 260-261) acerca da necessidade de nova orientação jurídico-dogmática para a “*constituição social directo-*

---

Evidentemente – ainda que a Constituição não o tenha referido expressado – também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde.” (SARLET, 2002, p. 5)

<sup>367</sup> Tradução livre de: “*los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos*” (LUÑO, 1995, p. 21).

ra” frente aos esquemas de racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais e, assim, do direito à saúde. Nesse contexto, o autor constata que dentre as discussões do tema, nas ideologias liberais encontra-se a seguinte premissa: “(ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver”. Mais um motivo para não se recorrer ao termo.

Do exposto, verifica-se que, apesar do reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito à saúde, a sua eficácia apresenta peculiaridades, já que a sua concretização depende de atividades estatais, ou seja, da obrigação do Estado agir positivamente para cumprir os fins e objetivos traçados nas normas constitucionais.

O contexto remete o debate para o segundo aspecto do direito à saúde relacionado na proposta metodológica deste tópico, que consiste, exatamente, na atuação positiva do Estado e relaciona-se a três temas: a classificação do direito à saúde como direito a prestação em sentido estrito; as políticas públicas; a dimensão objetiva do direito à saúde.

A teoria de Robert Alexy (1997, p. 419; 430), com base na qual Sarlet elabora a categorização dos direitos fundamentais, parte do tipo de ação exigida do Estado para dividir os direitos fundamentais em: direitos de defesa<sup>368</sup> – conectados com a proteção do indivíduo contra intervenções estatais – e direitos a ações positivas. Estes, que também são denominados direitos a prestações em sentido amplo, estão subdivididos em três conjuntos: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e procedimento<sup>369</sup>; c) direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais<sup>370</sup> fundamentais (ALEXY, 1997, p. 435-436; 467-468; 482).

Ressalta-se que, de cada uma das formas que assume o direito fundamental à saúde, decorre e relacionam-se deveres. Assim, à dimensão defensiva corresponde o dever de proteção à saúde. Enquanto a

---

<sup>368</sup> Explicados no título 1.1.

<sup>369</sup> Consistem em sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de resultado para os direitos fundamentais materiais. Frente à pluralidade das formas e conteúdos desses direitos, Alexy (1997, p. 467-468) os divide em quatro grupos, segundo o objeto dos direitos fundamentais: 1) competências de direito privado; 2) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); 3) organização em sentido estrito; e 4) formação da vontade estatal.

<sup>370</sup> Sarlet (2010, p. 200) ressalta a importante observação acerca da falta de homogeneidade de conteúdo e forma de positivação dos direitos sociais.

dimensão prestacional *lato sensu* está ligada ao *dever de promoção à saúde e, ainda, aos deveres de natureza política. Estes dois relacionados com a elaboração e a implementação de políticas voltadas para a concretização do direito à saúde* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 6)

Diante da classificação acima, reforça-se o caráter multifuncional do direito à saúde – já mencionado no título 1.2 –, segundo o qual ele consiste, ao mesmo tempo, em: a) direito de *defesa*; b) direito prestacional à *proteção*; c) direito prestacional em *sentido estrito*. Sendo, ainda, que no âmbito desta última classificação fica mais clara a íntima relação com a função de organização e procedimento, que apesar de extremamente importante para o presente exame, não será abordada em toda a sua extensão.

Neste momento, é importante retomar as explicações elaboradas no título 1.2 acerca de cada uma das funções assumidas pelo direito à saúde. Observou-se que, como direito de *defesa*<sup>371</sup>, o direito à saúde cobra do Estado posição abstencionista. O que significa que este deve abster-se de qualquer ação possível de afetar ou significar ingerência indevida na saúde do titular (SARLET, 2010, p. 168; 174; SARLET, 2002, p. 8).

A essa função defensiva, negativa, notou-se que corresponde uma dimensão prestacional<sup>372</sup> do Estado no sentido de impedir que o direito à saúde do titular sofra agressões ou interferências de terceiros (SARLET, 2010, p. 168; 174; SARLET, 2002, p. 8; SCHWARTZ, 2001, p. 72). Na conexão com a função de defesa o direito à saúde assume, então, a função prestacional de *proteção*<sup>373</sup> (FIGUEIREDO, 2007, p. 89).

Sob essa perspectiva, o direito à saúde deve ser protegido pelo Estado contra tais intervenções, dependendo de ações positivas fáticas ou normativas que tenham como objeto a delimitação das esferas de

---

<sup>371</sup> Para Sarlet (2002, p. 10): “Além disso, no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso [...]”

<sup>372</sup> Apesar de Sarlet (2010, p. 203) recorrer à teoria de Robert Alexy, o qual se baseia na diferença entre ações positivas e ações negativas do Estado, ele menciona sempre ter sustentado “que um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa”.

<sup>373</sup> Robert Alexy (2008, p. 456) afirma que: “A diferença entre o dever de se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada.”

sujeitos de igual hierarquia como também a impossibilidade e a imposição dessa demarcação<sup>374</sup> (ALEXY, 1997, p. 435-436).

As ações de vigilância sanitária e epidemiológica são casos exemplares de prestação de proteção no âmbito do direito à saúde no Brasil. Elas foram previstas expressamente na Constituição Federal de 1988, no artigo 200, II, como atribuições do SUS<sup>375</sup> (BRASIL, 1988). Com atenção voltada para a Vigilância Sanitária, verifica-se que as ações em seu âmbito podem ser compreendidas, de acordo com o artigo 6º, § 1º, da Lei 8.080/90, da seguinte maneira:

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I – o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II – o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde. (BRASIL, 1990).

Com base na classificação funcional descrita previamente, Figueiredo (SUNDFELD *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 88) afirma que as ações de vigilância epidemiológica e sanitária enquadram-se entre os “*deveres*” de proteção e de defesa<sup>376</sup>. Ao abordar em conjunto ambas as funções – defesa e proteção – a autora parece considerar automatica-

---

<sup>374</sup> Tradução livre de: “*acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación.*” (ALEXY, 1997, p. 435-436).

<sup>375</sup> Foram previstas ao lado das ações de saúde do trabalhador: **Art. 200.** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador. (BRASIL, 1988).

<sup>376</sup> Diante disso, fica clara a conexão com a função de organização e procedimento, a ser retomada rapidamente.

mente a conexão entre elas, nos termos já citados. Ela tece as observações com base no trabalho de Sundfeld para quem, de acordo com análise administrativista, tais atividades do Estado correspondem à “administração ordenadora”, ou seja, à atuação “tanto pela imposição de deveres positivos e negativos, condicionadores do exercício de direitos individuais, quanto pela fiscalização e sancionamento (vigilância sanitária e epidemiológica)”.

Na dimensão prestacional o direito à saúde classifica-se, ainda, como direito a *prestações em sentido estrito* ou direito a *prestações materiais* sociais<sup>377</sup>. Essa é, conforme análise elaborada no título 1.2, a sua faceta mais complexa. É dela e no seu âmbito que, no presente trabalho, se analisarão os temas das políticas públicas e da dimensão objetiva do direito à saúde.

Como direito a *prestações em sentido estrito*, o direito à saúde pode ser entendido como direito do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares<sup>378/379</sup> (ALEXY, 1997, p. 482). Explicação já prestada no tópico 1.2.

Da definição de Alexy, é possível perceber o relevo do caráter estatal de tais prestações materiais. Trata-se de constatação fundamental que leva à identificação do tema com o setor específico que costuma ser denominado de saúde pública em contraste com o setor privado, apesar de ambos apresentarem relação historicamente conturbada no cenário brasileiro e no âmbito do próprio sistema de Saúde, o SUS<sup>380</sup>.

O direito da saúde pública pode ser compreendido como

[...] parte do que tradicionalmente se convencionou chamar de direito administrativo, ou uma aplicação especializada do direito administrativo. É parte do direito administrativo porque refere sempre atuações estatais orientadas, o mais exaustivamente possível, pela própria sociedade, por

---

<sup>377</sup> Essa classificação lhe dá efetiva posição jurídica dentre os demais direitos a prestações e ajuda a compreender os reflexos na sua eficácia e efetivação (SARLET, 2010, p. 187).

<sup>378</sup> Tradução livre da autora.

<sup>379</sup> Na sua obra, o autor refere-se de forma geral aos direitos a prestações em sentido estrito. A delimitação à análise do direito à saúde é feita pela autora deste trabalho.

<sup>380</sup> Tema a ser abordado no tópico 2.2 e retomado no título 4.1.

meio do aparelho legislativo do Estado. *Em termos práticos, ao direito da saúde pública assenta perfeitamente o rótulo de direito administrativo porque se trata de disciplina normativa que caracteriza pelo reconhecimento daqueles princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público.* Entretanto, a referência ao direito administrativo não é suficiente, uma vez que na aplicação peculiariza-se o direito da saúde pública: *ora são as atuações decorrentes do poder de polícia, ora a prestação de um serviço público, ora, ainda, um imbricamento de ambos*, como no caso da vacinação obrigatória realizada pelos serviços de saúde pública, que visam, principal ou exclusivamente, promover, proteger ou recuperar a saúde do povo. (DALLARI, 2003, p. 48, grifo nosso)

Dessa forma, a função do direito à saúde como *prestações em sentido estrito* indica a vinculação direta à atuação do Estado Social, que se encontra obrigado a prestações voltadas “à destinação, distribuição (e retribuição), bem como à criação de bens materiais”. Atividades típicas dos direitos sociais que evidenciam os custos do direito à saúde<sup>381</sup> (SARLET, 2010, p. 187; 204)<sup>382</sup> e remetem ao debate acerca da reserva do possível<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> O autor lembra que todos os direitos fundamentais têm custos, mesmo os de defesa, em condição de direito negativo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro também considera que todos os direitos fundamentais têm custos (BRASIL, 2010, p. 10-11).

<sup>382</sup> Considerando-se que o direito à saúde pode ser classificado simultaneamente como direito de defesa e como direito a prestações em sentido estrito, observa-se que: “Em verdade, o que se pretende aqui destacar, a partir da noção de que (o dispositivo legal ou constitucional) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, é que existem diversas posições jurídico-fundamentais (em suma, diversos direitos) vinculados aos dispositivos constitucionais que tratam da saúde.” (SARLET, 2010, p. 8).

<sup>383</sup> A reserva do possível é “um postulado segundo o qual a concretização de direitos que impliquem em gastos públicos é dependente da existência de meios materiais para a sua implementação” (AUGUSTINI, 2009, p. 132). Esse argumento tem sido utilizado para posicionamentos contrários à concretização de direitos subjetivos públicos (SARLET, 2002, p. 12).

Figueiredo (SUNDFELD *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 88) acredita que essa dimensão prestacional em sentido estrito encontra-se reportada naquilo que Sundfeld chamou de “administração de serviços”, ou seja, nas operações do Estado “por meio de fornecimento de prestações fruíveis individual ou coletivamente (serviços de saúde)”.

A vinculação estatal às prestações de saúde foi estabelecida expressamente no artigo 196 da Constituição de 1988. Nesse dispositivo consta o dever do Estado de garantir a saúde de todos por meio de políticas sociais e econômicas e, também, a abrangência de sua atuação a aspectos preventivos, de promoção e de recuperação da saúde.

A definição da abrangência das ações em saúde e a criação do Sistema Único foram previstas no artigo 198, II, e *caput*<sup>384</sup>, respectivamente, para direcionar a atuação do Estado e permitir a concretização do direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição. Assim, “o Sistema Único de Saúde – SUS é, na verdade, o mecanismo institucional no qual o constituinte depositou o dever estatal de implementação do direito à saúde” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 77).

Tais considerações demonstram a forte conexão da função prestacional em sentido estrito do direito à saúde com aquela função, também prestacional, de organização e procedimento. Isso porque, na perspectiva ora analisada, a materialização do direito à saúde depende de “*esquemas organizativos e procedimentais adequados*” (CANOTILHO, 2003, p. 482-483).

Em tal contexto,

[...] vale lembrar que *a vinculação dos direitos a prestações com a realização de políticas públicas, aumenta a importância das suas garantias institucionais*, isto é, do conjunto de instituições necessárias para o gozo desses direitos. Isso significa, no campo do direito à saúde, reconhecer o caráter de garantia institucional do Sistema Único de Saúde, *protegendo-o contra mudanças que o desfigurem*.<sup>385</sup> (MAUÉS; SIMÕES, 2002, p. 43, grifo nosso)

---

<sup>384</sup> **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. (BRASIL, 1988).

<sup>385</sup> A importância de se proteger o SUS, que é instituição do Estado Democrático de Direito, foi abordada no breve artigo publicado pela autora sob o tí-

Diante de tais anotações fica comprovada a importância institucional do SUS e a atenção que o texto constitucional dedicou ao assunto da operacionalização da saúde. Além disso, trata-se de questões relacionadas à dimensão objetiva do direito à saúde<sup>386/387</sup> que, no âmbito da função prestacional em sentido estrito, destaca-se principalmente na feição axiológica, sob os desdobramentos em eficácia dirigente e nos aspectos organizativos e procedimentais<sup>388</sup>.

No que diz respeito à função axiológica, o realce justifica-se em razão de ser nesse âmbito que o direito à saúde destaca-se como interesse comunitário – no sentido de coletivo – que prevalece ao individual. Para Sarlet (2010, p. 146), mesmo diante de tal função, o núcleo essencial do direito fundamental deve ser preservado. E, assim, “não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular”<sup>389</sup>.

A eficácia dirigente do direito à saúde – mesmo quando ligado primeiramente à função de direito subjetivo – diz respeito à ordem que ele dirige ao Estado, aos seus órgãos, no sentido obrigá-lo a concretizar e a realizar tal direito<sup>390</sup> (SARLET, 2010, p. 147).

Na citação de Rios ([s.d.], p. 8-9) percebe-se a conexão do sistema de saúde à dimensão objetiva e, assim, a relação desta com as diver-

tulo: *A importância do Sistema Único de Saúde para a concretização do direito à saúde no novo constitucionalismo brasileiro e o papel dos advogados e da OAB na sua proteção* (CANUT, 2012).

<sup>386</sup> A dimensão objetiva do direito à saúde, assim como nos demais direitos fundamentais, relaciona-se àqueles diferentes aspectos citados no tópico 1.2: a) uma feição axiológica (LUÑO, 1995, p. 21) e os seus desdobramentos – *eficácia dirigente* e parâmetro para o controle de constitucionalidade; b) uma feição de força jurídica autônoma que se desdobra na denominada *eficácia irradiante*, que está ligada à *eficácia horizontal* e ***nos deveres de proteção do Estado***; c) um fundamento para “criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento.” (SARLET, 2003, p. 150; 152-155).

<sup>387</sup> Ressalta-se, ainda, que não há posicionamentos pacíficos em relação a tal dimensão.

<sup>388</sup> Estes já citados precedentemente.

<sup>389</sup> Tema a ser analisado sob perspectiva mais crítica no título 4.1.

<sup>390</sup> No texto original, Sarlet refere-se a todos os direitos fundamentais, e não apenas ao direito à saúde. Em tal passagem ele menciona a obra de Konrad Hesse.



sas funções do direito à saúde e não apenas a prestacional em sentido estrito:

[...] o direito fundamental à saúde, protegido *de modo objetivo*, implica a existência *de deveres dos Poderes Públicos na organização e no desenho institucional das políticas públicas de saúde*, não só em relação às atribuições dos entes federados relativas à participação de cada um no Sistema Único de Saúde, *como também aos deveres e à responsabilidade da iniciativa privada quando atua na área da saúde*. A dimensão objetiva também implica, por exemplo, na proibição de legislação que viesse a excluir determinada dimensão do conceito constitucional de saúde das políticas públicas (por exemplo, uma opção exclusiva pela medicina curativa estritamente farmacêutica em detrimento de medidas preventivas mais amplas). Ela também atinge a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, como a integralidade, a universalidade e a não-discriminação.

Com base nas classificações ora elaboradas acerca do direito à saúde, observa-se que, apesar de este trabalho dar foco à dimensão prestacional em sentido estrito, a organização de políticas públicas do setor abrange também a função de defesa e toda a dimensão prestacional em sentido amplo, ou seja, diz respeito à dimensão de proteção e, como já afirmado, à íntima relação com a organizativa e procedimental<sup>391</sup>. É o que se observa quando da análise da Vigilância Sanitária e da Epidemiológica que, como citado, têm função protetiva.

Das breves análises compreende-se que, por ser direito de cunho prestacional positivado como normas de concretização, a dimensão objetiva do direito à saúde “assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um *caráter normativo diferenciado*” (SARLET, 2010, p. 298,

---

<sup>391</sup> Nesse sentido, com base nos estudos de Daniela Milanez, Figueiredo (2007, p. 89) aborda as obrigações do Estado de respeitar, proteger e implementar o direito à saúde e tece algumas observações a respeito de cada uma delas.

grifo nosso). Isso porque na dimensão objetiva as prestações relativas ao direito à saúde correspondem a fins e objetivos que, a exemplo dos demais direitos sociais de natureza prestacional, necessitam

[...] de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.<sup>392</sup> (SARLET, 2010, p. 289)

Sob esse viés, o direito constitucional à saúde “modela” a dimensão objetiva por meio de “*imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos”<sup>393</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 476).

Ao abordar os direitos a prestações e, dentre eles, o direito à saúde, Andrade (2002, p. 34)<sup>394</sup> também discorre sobre a necessidade da atividade legislativa para o cumprimento desse direito. No entanto, fala de contexto mais amplo de organização estatal que, por meio de leis e, também, de atividades administrativas, deve definir e executar políticas que garantam o *gozo* efetivo do bem saúde<sup>395</sup> garantido constitucionalmente.

Mesmo considerando a diferença entre o regime jurídico constitucional de direitos fundamentais português, Sarlet (2010, p. 284) manifesta-se no mesmo sentido ao afirmar que, em regra, o direito à saúde, sob a função prestacional, reclama a “atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental”.

Assim, diante da determinação constitucional de apenas “um *mínimo*” do conteúdo dos preceitos e prestações decorrentes do direito à saúde, “esse conteúdo depende de opções próprias do *legislador ordinário*

---

<sup>392</sup> Nesta passagem o autor faz menção ao trabalho de Jorge Miranda.

<sup>393</sup> Para o autor, outra forma de modelar a dimensão objetiva dos direitos sociais é o “fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.” (CANOTILHO, 2003, p. 476).

<sup>394</sup> O autor refere-se ao contexto português.

<sup>395</sup> O autor refere-se não somente à saúde, mas também à habitação, educação, segurança social, dentre outros.

rio, que dispõe de um poder de conformação *autónoma*.” (ANDRADE, 2002, p. 36).

A este cenário somam-se dificuldades normativo-concretizadoras – no Brasil<sup>396</sup> e em Portugal – que decorrem do fato de a realização do direito à saúde depender de políticas públicas sociais<sup>397</sup>. Nesse sentido, Canotilho (2008b, p. 131) reconhece a crítica de que o “direito social, económico e cultural não se concretiza *só* através de *uma política constitucional*, que outra coisa não é senão uma projecção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das *contingências* de várias esferas da sociedade”. Portanto, não basta a instituição constitucional do SUS, que é considerado política de Estado – ele deve ser operacionalizado.

Sarlet (2010, p. 293) apresenta outros detalhamentos do problema. Afirma que:

A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão-somente ao aspecto da determinação do conteúdo [...]. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático<sup>398</sup> justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconómica.

Do panorama traçado constata-se que no Brasil não há a estipulação constitucional das prestações em saúde<sup>399</sup>. Isso porque, apesar de a Constituição prever a abrangência do direito à saúde nos artigos 196 e

---

<sup>396</sup> Conforme disposto no já citado artigo 196.

<sup>397</sup> Tema que receberá especial atenção no tópico 2.3.

<sup>398</sup> Ressalta-se a importância das observações feitas sobre o uso desse termo anteriormente.

<sup>399</sup> Sarlet (2010, p. 289) destaca que, “como já se observou, formulações de carácter concreto correm o risco de ser rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura. A dinâmica na esfera socioeconómica – alegam outros – encontrar-se-ia em permanente conflito com a necessária estabilidade da Constituição, ainda que fosse possível uma definição do conteúdo ao nível constitucional.”

198, II, ela o faz de forma bastante genérica. A Carta Magna não diz qual o *conteúdo* das prestações ou serviços e, apesar de fornecer os princípios e diretrizes gerais sob as quais o SUS e, assim, as políticas de saúde devem se estruturar<sup>400</sup>, ela não detalha como tais serviços serão efetivados nem especifica detalhadamente a competência<sup>401</sup> para cada caso<sup>402</sup> concreto.

Tendo em vista a amplitude do conceito de saúde adotado pela Constituição, Figueiredo (2007, p. 81; grifo nosso) destaca que “por mais superficial que se possa constituir, qualquer investigação em torno do direito à saúde é bastante para firmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõem o *conteúdo* desse direito fundamental”.

Os debates ora formulados remetem ao tema dos direitos originários a prestações. Direitos que, por serem provenientes de garantia constitucional e reconhecidos, simultaneamente, como obrigação estatal na criação das condições materiais para o seu efetivo exercício, facultam ao titular exigir, de forma imediata, prestações que os constituam (CANOTILHO, 2003, p. 477).

A grande questão que surge no âmbito dos direitos originários diz respeito à “possibilidade de – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa – reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição” (SARLET, 2010, p. 299). Procura-se saber se existe um direito subjetivo a prestações que ainda não foram disponibilizadas (LEDUR, 2009, p. 92-93).

A dimensão subjetiva do direito à saúde, como de qualquer outro direito fundamental, é aquela que determina o estatuto jurídico dos cidadãos, o mesmo em suas relações com o Estado e nas relações entre si<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Temas que serão abordados no próximo tópico. No que diz respeito à competência, adianta-se que, conforme o artigo 23, II, da Carta Magna, cuidar da saúde é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 1988).

<sup>401</sup> Tema a ser abordado no próximo título.

<sup>402</sup> Destaca-se que “a dificuldade de se definir, já em nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida outro aspecto correlato que aqui não pode ser desconsiderado, ao menos no que diz respeito com boa parte dos direitos sociais a prestações. Basta que se faça menção aos exemplos dos direito à saúde, ao trabalho, educação para se notar a pertinência da consideração. Quais exatamente as prestações que compõem o objeto do direito à educação?” (SARLET, 2010, p. 290).

<sup>403</sup> Tradução de: “*el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí.*” (LUÑO, 1995, p. 22).

(LUÑO, 1995, p. 22). Ela traduz a possibilidade de o titular – pessoa individual ou ente coletivo – de direito fundamental exigir e impor judicialmente a sua *defesa, proteção e concretização*, podendo, assim, exigir ações estatais positivas ou negativas para tutelar o seu direito fundamental<sup>404</sup> (SARLET, 2003, p. 157; SARLET, 2010, p. 154).

Dessa forma, é a dimensão subjetiva do direito à saúde que se relaciona diretamente à possibilidade da exigibilidade judicial e, assim, àquilo que vem sendo denominado de “judicialização da saúde”<sup>405</sup>. Chega-se aqui ao terceiro aspecto do direito à saúde – a *exigibilidade judicial* – que se destacou na opção metodológica do presente tópico e o tema a ele correlato, a dimensão subjetiva.

O tema da “judicialização da saúde” emerge, então, da própria dificuldade de se delimitar o disposto nos artigos 196 da Constituição e 2º da Lei 8.080/90. Nesse sentido,

[...] tais definições significam um gigantesco avanço social, permitindo que todo e qualquer brasileiro passasse a ter o direito à saúde, mas são definições muito gerais e, infelizmente, insuficientes. A garantia do direito à saúde depende de uma série de medidas concretas para se tornar realidade. (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 95)

No contexto do debate ganha destaque, também, o fato de as normas do direito à saúde se estruturarem sob a forma tanto de regras quanto de princípios. Uma nova realidade que, de acordo com o exposto no tópico 1.2, passou a exigir dos juízes o recurso a nova hermenêutica e, assim, a utilização de novas ferramentas interpretativas, como, por exemplo, a ponderação.

---

<sup>404</sup> Sarlet ressalta que este é um conceito restrito da dimensão subjetiva. Sem pretensões de aprofundar o tema da teoria dos direitos fundamentais, recorre-se a tal conceito.

<sup>405</sup> Agustini (2009, p. 14-15) considera que “o processo de judicialização tem produzido excessos, que prejudicam a concretização dos direitos sociais constitucionais. Faz-se necessário racionalizar as atividades do Judiciário, de forma com que estas continuem a atuar no progresso social sem impedir que o Legislativo e o Executivo atuem em seus espaços próprios, e sem agravar as notórias disfunções da Administração Pública brasileira”.

A necessidade de novas formas de interpretação fica patente frente aos desafios que surgem no âmbito do setor saúde. É possível visualizar a complexidade das questões na citação abaixo:

É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem *direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição*. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Com efeito, não foi sem razão que, recentemente, houve até mesmo quem apontasse para a necessidade *de escolhas “trágicas”*, especialmente (mas não exclusivamente) na esfera da saúde, tendo em conta o *permanente conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. (SARLET, 2010, p. 310, grifo nosso)

Além dessa feição problemática, o direito à saúde pode configurar-se, ainda, como direito derivado a prestações. Categorização que surge para identificar os direitos dos cidadãos de participarem igualmente “nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes [...] e que, por isso, se estabelecem subjetivamente” (CANOTILHO, 2003, p. 479). Prestações que podem ser concretizadas, também, por meio de políticas públicas.

Justamente por tratar-se de “posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo Legislador” e, assim, possíveis de gerarem direito subjetivo com base na lei ou em norma de hierarquia inferior, o seu tratamento não gera muitas discussões (SARLET, 2010, p. 299).

Feitas as abordagens da dimensão objetiva e subjetiva do direito à saúde, observa-se que, a exemplo de outros autores, Sarlet e Alexy destacam a predominância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 496) por duas razões. A primeira consiste no fato de a finalidade principal desses direitos (mesmo os coletivos) ser a proteção do indivíduo. E a segunda diz respeito ao “caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se o fato de que o reconhecimento

de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo” (SARLET, 2003, p. 160).

Diante do panorama apresentado é possível compreender a importância de se considerar *a forma de positivação*, ou seja, *a estrutura normativa do direito à saúde* quando do enquadramento no artigo 5º, § 1º. Isso porque, apesar de o dispositivo garantir o mesmo regime jurídico aos direitos de liberdade assim como aos direitos sociais, pôde-se perceber, com base nas descrições de Sarlet que, na prática, a aplicação imediata do direito à saúde não é tão simples como a dos direitos de 1ª geração. O fato de terem função prestacional e de serem positivados como fins, deveres, objetivos a serem cumpridos pelo Estado, nos termos descritos anteriormente, faz com que sua subjetivação seja um tanto quanto complexa, principalmente nos casos em que o Estado não age de acordo com os imperativos constitucionais. Trata-se de realidade que dificulta a sua aplicabilidade imediata e, por isso, afeta a eficácia.

Procurou-se, especialmente, apresentar as características gerais, alguns traços mais complexos e outros problemáticos em torno do direito à saúde. Não houve intenção de abordagem mais completa ou mais profunda da temática. A própria teoria dos direitos fundamentais voltada para o direito à saúde ou o tema específico da exigibilidade judicial<sup>406</sup> do direito em tela já poderiam, cada um deles, ser objeto de uma tese. No entanto, também não seria viável falar do SUS nem das políticas de saúde sem as presentes notas introdutórias.

Acredita-se, enfim, na necessidade de maior interação entre os estudos sobre direito à saúde que se fundamentam nas teorias dos direitos fundamentais e aqueles próprios da área da saúde. Pois, da mesma forma que é preciso compreender o direito constitucional à saúde para estudar e operacionalizar o SUS, é necessário, e muitas vezes simplesmente olvidado na área jurídica, compreender o SUS para que seja possível concretizar o direito constitucional à saúde no Brasil.

Nesse quadro, o direito sanitário surge como elemento fundamental, já que ele

[...] se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quan-

---

<sup>406</sup> Algumas questões acerca do tema foram abordadas no artigo sobre neo-constitucionalismo, direito à saúde e exigibilidade judicial (CANUT; CADEMARTORI, 2011).

to pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: *o público e o privado*.<sup>407</sup> (DALLARI, 2003, p. 48, grifo nosso)

A Constituição de 1988 impulsionou o direito sanitário e traçou as grandes bases jurídicas, definindo os objetivos, princípios e diretrizes para regulação sanitária brasileira (AITH, 2007, p. 73; 25; AITH, 2008, p. 74).

Com escopo de cumprir os mandamentos constitucionais inscritos nos artigos 6º e 196 a 200, editaram-se as Leis 8.080 e 8.142, ambas do ano de 1990. Além dessas leis, foram sendo publicadas, por meio de Portarias Ministeriais, as chamadas Normas Operacionais Básicas (NOBs) e a Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS), várias outras leis, diversos outros regulamentos infralegais como Decretos, outras Portarias e Resoluções (AITH, 2007, p. 84).

Trata-se da área do direito que se ocupa, então, com a prestação de serviços públicos – os quais contam com a atividade administrativa –, com os direitos individuais e coletivos<sup>408</sup> e com o poder de polícia, abrangendo as mais diversas atividades no campo do sistema social (CARVALHO; MACHADO; TIMM, 2004, p. 13).

Dallari (1988, p. 333) explica que, para a compreensão desse ramo do Direito, é preciso analisar o direito à saúde enquanto direito individual, visando, por exemplo, regras que ordenam a relação entre médico e paciente, e também enquanto direito coletivo, tendo como foco as regras que ordenam a tutela da saúde da comunidade em geral.

Sob o último aspecto, o direito sanitário destaca-se na organização jurídica das políticas públicas de saúde (AITH, 2007, p. 137; BRASIL, 2006, p. 97). Ele apresenta-se como “um conjunto de regras e princípios que estruturam uma ‘política pública’, no caso, a política de saúde no Brasil” (CASTRO, 2003, p. 366).

---

<sup>407</sup> Aith (2007, p. 81-82; 2008, p. 68) faz referência a essa citação de Dallari.

<sup>408</sup> O aspecto “coletivo” receberá abordagem diferente no título 4.1.



Visa-se, no caso, à garantia da “saúde pública, entendida não no sentido de serviço público, mas sim *de saúde da coletividade, i.e., a soma dos cidadãos que perfazem determinado grupo social*” (CARVALHO; MACHADO; TIMM, 2004, p. 11-12, grifo nosso).

As características e complexidade próprias do direito à saúde explicitam o caráter transdisciplinar do direito sanitário que parte, dessa forma, do exame de diferentes “sub-ramos do Direito Público ou do Direito Privado que tratam de aspectos relacionados direta ou indiretamente com a saúde” (AITH, 2008, p. 69). Dallari (2003, p. 54) destaca ainda que, “dada a complexidade do conceito de saúde, o estudo do direito sanitário envolve – necessariamente – seu exame sob várias óticas”.

Embora se relacione com vários setores do direito, o direito sanitário é compreendido como ramo autônomo, com princípios e normas jurídicas próprios que (AITH, 2008, p. 70; 74; AITH, 2007, p. 140) “*lhe dotam de uma dinâmica peculiar*” (AITH, 2008, p. 74, grifo nosso).

Para Carvalho, Machado e Timm (2004, p. 11, grifo nosso), “o direito sanitário é um ramo didaticamente autônomo do direito positivo, integrado pelas normas que versam, direta ou indiretamente, *sobre a relação triádica entre Estado, Sociedade e Saúde Pública*”.

Castro reconhece que tal setor do direito tem-se desenvolvido como ramo especializado do direito público. No entanto, o autor faz esta observação fundamental:

Para os padrões convencionais de ensino do Direito e de treinamento profissional, o Direito Sanitário permanece *ainda uma área de estudo jurídico a requerer um grau de inovação*, tanto no que respeita à sua construção doutrinária quanto no que e refere às formas de abordagem. *Isso porque os conceitos e questões adequados para a estruturação do campo e para o enfrentamento de dilemas práticos emergentes refogem às perspectivas temáticas mais sedimentadas nos currículos acadêmicos.* (CASTRO, 2003, p. 363<sup>409</sup>, grifo nosso)

---

409

Castro (2003, p. 363; 366) destaca a inovação exigida pelo direito sanitário e desenvolve seu artigo discorrendo, principalmente, sobre as políticas de saúde. A sua crítica e ressalva não seguem no mesmo sentido deste trabalho. No entanto, é de extrema importância a análise acerca da necessidade de tratamento de categorias próprias para esse ramo do Direito.

Do exposto, pode-se conceituar o direito sanitário, de forma resumida, como o ramo destinado à proteção do direito constitucional à saúde – no sentido mais amplo – por meio de normas e princípios específicos.

A análise aqui elaborada sobre o direito à saúde fundando-se na Constituição de 1988 permite compreender o panorama atual de discussão e tratamento desse direito fundamental em tempos de pós-modernidade no país.

## 2.2 O SISTEMA ÚNICO: HISTÓRICO, CONCEITO, INSTITUIÇÕES, PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E INOVAÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS À SAÚDE

Pela exposição elaborada no tópico anterior pôde-se perceber que a concretização do direito de todos à saúde<sup>410</sup>, na função prestacional, depende da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas e, assim, do dever fundamental do Estado em cumprir tal previsão<sup>411</sup> a partir do Sistema Único.

A Constituição de 1988 tornou evidente a conexão entre as políticas formuladas e operacionalizadas no âmbito do Sistema Único e a efetivação do direito à saúde. No seio do Sistema, as políticas se materializam em serviços e ações voltadas à garantia desse direito no sentido mais abrangente: prevenção, promoção e recuperação<sup>412</sup>.

Sabendo-se que as políticas públicas consistem em uma das formas de o Estado exercer o direito de todos à saúde, conforme explicado no capítulo anterior, verifica-se que sob a organização constitucional as instituições do SUS assumiram papel imprescindível em relação a esse exercício. Em razão da índole participativa do sistema, as políticas do setor, que dependiam do voluntarismo do Estado para serem elaboradas e executadas, passaram a ser deliberadas por Conselhos compostos por

---

<sup>410</sup> Aqui se recorda que o direito à saúde, assim como o sanitário, diz respeito tanto às obrigações relativas à saúde individual quanto à saúde pública (AITH, 2007, p. 84; DALLARI, 2003, p. 48).

<sup>411</sup> De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008, p. 6), esse dever fundamental identifica-se com a dimensão prestacional *lato sensu* “no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública”.

<sup>412</sup> Conforme análise elaborada no tópico anterior.

representantes de usuários, de gestores, de profissionais de saúde e de representantes dos prestadores de serviços na área.

Essa configuração significou alterações inovadoras na forma de se exercer o direito coletivo em questão. No entanto, apesar de elas emergirem e se concretizarem no contexto da pós-modernidade<sup>413</sup> brasileira, sua estrutura e organização continuam baseadas na lógica e ordenação jurídico-política modernas.

Para compreender a importância dessa observação, é preciso conhecer o Sistema Único, suas características, princípios e diretrizes. O SUS<sup>414</sup> pode ser analisado sob mais de uma perspectiva: como sistema democrático aos moldes propostos pelo movimento sanitário; como sistema formal-legal, conforme os preceitos constitucionais, legais e normativos em geral; como sistema à mercê de pressões econômicas do governo, da burocracia e do clientelismo; e até como sistema “para pobres” (PAIM *apud* BAHIA, 2005, p. 445)<sup>415</sup>.

No presente título, optou-se pela perspectiva formal-legal para apresentar a estruturação geral do Sistema. Por isso, as leis e as normativas a ele relacionadas são apenas mencionadas, não havendo intenção de sua análise crítica mais aprofundada.

Além disto, para apreender o cenário atual é preciso retornar ao século XX, principalmente ao ano de 1923. Naquele momento, com a publicação da Lei Elói Chaves, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPS<sup>416</sup>, foram dados os primeiros passos rumo à formação

---

<sup>413</sup> Já mencionado no título anterior.

<sup>414</sup> Numa visão abrangente, “definindo-se assim um sistema de saúde: conjunto de relações políticas, econômicas e institucionais responsáveis pela condução dos processos referentes à saúde de uma dada população e que se concretizam em organizações, regras e serviços que visam a alcançar resultados condizentes com a concepção de saúde prevalecente na sociedade” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 121).

<sup>415</sup> Para Bahia (2005, 455), essas diferentes concepções auxiliam “a compreensão sobre as relações entre o público e o privado no sistema de saúde”.

<sup>416</sup> “As CAPs, entidades públicas com larga autonomia com relação ao Estado, são constituídas como um contrato compulsório, organizadas por empresas, geridas através de representação direta de empregados e empregadores, tendo finalidade puramente assistencial: benefícios em pecúnia e prestação de serviços. Seus recursos têm origem tripartite: contribuição compulsória de empregados e empregadores (3,0% do salário e 1,0% da renda bruta da empresa) e da União (1,5% das tarifas dos serviços). O Estado institui, em tese financia em parte, e normatiza essa modalidade de seguro social, mas não participa diretamente do seu gerenciamento.” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 14-15).

do modelo de seguro social (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 65; ANDRADE; BARRETO, 2007, p. 27) brasileiro.

O sistema de *proteção social*<sup>417</sup>, inspirado no modelo bismarckiano – citado no tópico 1.1 –, se identificava, especialmente, pelo caráter contributivo. Ele marcou o início da separação dicotômica entre a atenção médica preventiva e a curativa: de um lado as ações de saúde pública, coletivas, como as campanhas sanitárias e, de outro, a assistência médica individual pelas CAPs aos trabalhadores urbanos mediante a disponibilização de serviços comprados do setor privado por meio de credenciamento médico (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15).

Nesse quadro, não se falava propriamente de política de saúde, mas da atuação do poder central, exercido por oligarquias regionais, instituidor de “normas de regulação social da relação entre capital e trabalho, isso numa época em que a sociedade e a economia brasileira estavam passando por profundas mudanças”, e que deixou raízes no sistema de saúde atual (COHN, 2008, p. 238).

As CAPs eram entidades públicas que mantinham autonomia em relação ao Estado e que se organizavam por empresas. As Caixas forneciam assistência à saúde aos trabalhadores e seus familiares em virtude de contribuições de empregadores, empregados e Estado<sup>418</sup> (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 66; 73-74).

---

<sup>417</sup> Lobato e Giovanella (2008, p. 112) referem-se a três modelos de proteção social: o seguro social, acima citado; o residual, em que o Estado “não assume para si a responsabilidade de garantia da proteção universal à saúde e protege apenas alguns grupos mais pobres”, que é o caso dos Estados Unidos; e o universal, que corresponde ao sistema de proteção social do tipo de *seguridade social*, o qual foi instituído pelo artigo 194 da Constituição Federal brasileira de 1988.

As autoras ressaltam que cada tipo de proteção social corresponde a uma modalidade de intervenção governamental no financiamento. “Vemos assim, que o tipo de proteção social em saúde vai condicionar a forma como um sistema de saúde é financiado, estruturado, bem como o leque de serviços e benefícios garantidos. Ou seja, para o estudo dos sistemas de saúde é importante, em primeiro lugar, identificar as características mais gerais de sua conformação. Para isso, a classificação dos modelos de proteção social é o ponto de partida” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 113). Sendo, por isso, importante identificar qual o modelo de proteção social vigente em cada fase histórica do país.

<sup>418</sup> Os IAPs “eram [...] – financiados por contribuições dos próprios trabalhadores e de seus empregadores e administrados de forma tripartite pelo governo, patrões e trabalhadores” (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 67).

Em 1933, as CAPs foram substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs<sup>419</sup>, autarquias que, a partir de então, institucionalizaram o seguro social e organizaram-no por setores da atividade econômica (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15-16) e não mais por empresas (COHN, 2008, p. 238).

Tanto as CAPs quanto os IAPs prestavam assistência aos seus segurados e familiares. Entretanto, além da diferença acima referenciada e da origem de recursos para financiá-los, com os IAPs houve tratamento diferenciado para a concessão dos benefícios em virtude da categoria profissional de cada segurado (MATIJASCIC *apud* RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 66; RODRIGUES; SANTOS, 2009, 73-75).

Com os IAPs iniciou-se a medicina previdenciária sob a organização de sistema corporativo e tutelado pelo Estado no qual a cobertura só alcançava os trabalhadores (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 310).

Nesse sentido, Rodrigues e Santos (2009, p. 67) reforçam que no lugar de cidadãos com direitos verificavam-se segurados com benefícios. Cenário em que a saúde não se caracterizava como direito do cidadão nem como dever do Estado. É uma situação que condiz com o quadro geral traçado sobre a modernidade no título 1.1.

O acesso aos serviços de assistência médica garantia-se “a partir da clivagem inicial da inserção no mercado de trabalho formal e para a qual se tem que contribuir com um percentual do salário, sempre por meio de um contrato compulsório” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15).

Apesar de os IAPs terem contemplado mais trabalhadores, o número dos excluídos ainda era alto, como exemplo dos trabalhadores rurais e do setor informal (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 66).

Além da divisão entre segurados e não segurados, com a criação do Ministério da Saúde, em 1953, intensificou-se a dicotomia entre atenção médica de caráter curativo e a de preventivo que já havia sido iniciada com a formação das CAPs, e que foi acompanhada pela dico-

---

<sup>419</sup> “A década de 30 assiste à formação dos IAPs – Institutos de Aposentadorias e Pensões – que institucionalizam o seguro social fragmentando as classes assalariadas urbanas por inserção nos setores da atividade econômica: marítimos, bancários, comerciário, industriários e outros.” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15-16).

Diante dos IAPs [...]. Ao invés de cidadãos com direitos, trata-se de segurados com benefícios.” (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 67).

tomia serviços privados x serviços públicos (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15-16).

Foram divididas as responsabilidades dos IAPs e do novo Ministério da seguinte forma: aqueles mantiveram suas responsabilidades previdenciárias e de assistência médica enquanto este deveria dedicar-se a ações preventivas de caráter coletivo<sup>420</sup> (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 66; 73-74).

Ressalta-se, ainda, que entre 1950 e 1960 – mediante a possibilidade de fornecer a assistência médica e hospitalar diretamente ou mediante contratos com outras entidades oficiais ou com particulares – verificou-se a opção dos IAPs pelo credenciamento dos serviços privados (BAHIA, 2005, p. 413-416).

Até 1966, as CAPs remanescentes conviveram com os IAPs. Um ano depois, no período militar, ocorreu a unificação do sistema previdenciário brasileiro ao Instituto Nacional de Previdência Social – INPS<sup>421</sup> (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 16). A partir de então, o atendimento *dos segurados* e seus dependentes passou a ser fornecido de forma igualitária, diferenciando-se do esquema anterior dos IAPs (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 79).

Nesse contexto, a década de 60 testemunhou, por um lado, a expansão da medicina previdenciária para novas categorias ocupacionais e, por outro, a inclusão do setor filantrópico<sup>422</sup> e privado para a oferta de assistência médica, com base em fortes subsídios e favorecimentos estatais do regime militar (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 310).

---

<sup>420</sup> “Institui-se, assim, uma divisão de responsabilidades relativas ao setor na qual ao Estado ficam reservadas as medidas coletivas de saúde, particularmente as de controle daquelas endemias que se configuram como sério obstáculo para o florescimento das atividades econômicas agroexportadoras. E, enquanto os recursos para tais medidas têm origem na arrecadação orçamentária, a assistência médica individual, sob responsabilidade de seguro social em sua quase totalidade, é financiada por recursos advindos das contribuições” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15).

<sup>421</sup> No mesmo sentido: LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 112.

<sup>422</sup> “O parque hospitalar filantrópico teve um crescimento desmedido ao longo do século XX, até se tornar o maior provedor de serviços hospitalares contratados pelo setor estatal na década de 1990. Isso fez com que as instituições filantrópicas adquirissem força política e se tornassem, através da sua Confederação, um poderoso grupo de interesse no setor saúde.” (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 310)

Com o INPS a dicotomia entre atenção médica de caráter curativo e a de caráter preventivo é mantida e estende-se até meados da década de 70, diante da “clara divisão de tarefas e clientela”, principalmente quando “a rede pública de serviços passa a assumir crescentemente a assistência médica individual” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 16).

Além dessa continuidade, a nova estrutura herdou e aprofundou o padrão “de transferência de atividades assistenciais mediante contrato à iniciativa privada”. Assim, a década de 70 marcou a “intensificação da privatização da assistência médica hospitalar” (BAHIA, 2005, p. 422; 427). A regulamentação desse período sobre as relações entre o público e o privado reflete-se ainda hoje na delimitação da atuação do mercado e do Estado na área da saúde.

Gerschman e Viana (2005, p. 312) ressaltam que:

As opções assumidas nesses momentos chaves limitam opções posteriores (Pierson e Skokpol, 2004). Estas opções estabeleceram modalidades de relacionamento entre o setor público da saúde e o setor privado de baixa nitidez, nas quais os limites entre um e outro se tornam difusos e, por vezes, próximos de um convívio promíscuo.

A criação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), em 1974, do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), em 1977<sup>423</sup> – com os seus três institutos – Inamps<sup>424</sup>, INPS e Iapas<sup>425</sup> (SCOREL, 2008, p. 402-404) –, e do Sistema Nacional de Saúde, pela Lei 6.229/75, colaborou com o cenário acima descrito ao garantir as especificidades do Ministério da Previdência e Assistência Social e as do Ministério da Saúde (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 16-17), criado em 1953.

O Inamps – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdenciária – foi “peça-chave” dessa estruturação. Ele passou a ser responsá-

---

<sup>423</sup> Criado pela Lei 6.439/77.

<sup>424</sup> Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social, criado em 1977 como um desdobramento do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, e extinto em 1993, por meio da Lei 8.689.

<sup>425</sup> Iapas – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.

vel pela atenção médica, que era ofertada por meio de serviços próprios e dos contratados/conveniados. A atribuição dessa competência reforçou a atuação previdenciária no setor e aprofundou ainda mais a dicotomia coletivo x individual no âmbito da saúde (ANDRADE; BARRETO, 2007, p. 31).

Diante disso, consolidava-se a diferenciação entre as funções do Inamps e as do Ministério da Saúde, criando “duplo sistema de saúde profundamente estratificado”. Sistema no qual o Ministério da Saúde assumiu, além das funções pela saúde pública, “os serviços de assistência médica hospitalar e ambulatorial para os pobres, sem emprego fixo, sem carteira de trabalho e, conseqüentemente, sem o *status* de cidadão” (SANTOS, 1978, *apud* ANDRADE; BARRETO, 2007, p. 31), configurando sistema para pobres e trabalhadores em situação não regularizada de um lado, e de outro, por meio do Inamps, sistema com serviços médicos para trabalhadores que atuavam no mercado formal<sup>426</sup> (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 311)<sup>427</sup>.

Considerando-se o contexto ora traçado, pode-se sintetizar, por meio dos dizeres de Cohn (2008, p. 240-241), o quadro de dicotomias. Para a autora, com a divisão e dualidade entre a área previdenciária e a específica da saúde para a implementação de políticas de saúde,

[...] criam-se então duas grandes clivagens no sistema de saúde brasileiro, esta constitui uma herança: a primeira delas, oriunda diretamente do sistema previdenciário que diferenciava as categorias de trabalhadores por sua inserção no mercado de trabalho [...]. Já a segunda clivagem diz respeito a mudanças acentuadas na estrutura da demanda e da oferta de serviços de saúde que ocorrem no País a partir da década de 1970, criando-se com isso um sistema de saúde, em particular de assistência médica, compostos de dois subsistemas de saúde: um subsistema público e outro privado, diferenciando com isso o acesso dos indivíduos aos serviços de saúde segundo sua posição no mercado de trabalho e de consumo.

---

<sup>426</sup> Nesse mesmo sentido, manifestam-se Cohn, Nunes, Jacobi e Karsch (2006, p. 17).

<sup>427</sup> As autoras falam da criação do Inamps em 1974.



Isso porque a partir da década de 1970 o setor público de serviços de saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, passa a ofertar assistência médica individual à população previdenciária e não previdenciária, para além dos tradicionais programas que ele já desenvolvia, sobretudo na área materno-infantil. É dessa época que a própria previdência social comprava serviços de assistência médica sob responsabilidade do Ministério da Saúde e/ou dos estados e dos municípios, pagando a produção dos serviços estatais para esse público previdenciário por produção, tal como fazia o setor privado.

A oferta de assistência médica individual pelo setor público colocou em questão e criou desafios para aqueles modelos de atenção que até então existiam no setor médico. Isso levou à reafirmação e reprodução de tais procedimentos na prática do dia a dia, “sem impactar a sua reformulação no interior da nova lógica que deveria reger essa prática médica, voltada para a busca da equidade no direito à saúde” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 19).

Além disso, a assistência médica individual curativa assumida pelo Ministério da Saúde caracterizou-se pela organização de programas segmentados, ou seja, pela convivência de vários programas, cada um com foco específico: um programa para adultos ao lado de programas de atenção à mulher e de saúde do trabalhador, dentre outros. Não houve integração entre as políticas. E, apesar das mudanças terem implicado na superação da divisão de trabalho entre os setores público e privado, já que aquele passou a assumir medicina individual além das medidas coletivas, não ocorreu superação da dicotomia curativo x preventivo (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 18-19).

Com a criação do Sinpas e do Sistema Nacional de Saúde, formou-se a base jurídico-legal do sistema de saúde que vigorou na década de 70 e que acabou viabilizando “o nascimento e o desenvolvimento do subsistema que viria a tornar-se hegemônico na década de 1980, o da atenção médica privatista (Mendes, 1994).” (ANDRADE; BARRETO, 2007, p. 30-31).

Isso porque as opções feitas na década de 70 permitiram o florescimento e a capitalização do setor privado de prestação de serviços médicos por meio de incentivos estatais. Isso fez com que a década de 80 marcasse o auge das empresas e cooperativas médicas e dos hospitais

privados<sup>428</sup> e o sucateamento da rede pública de serviços em virtude desses não terem sido prioridade nem das políticas de saúde nem de outras políticas no país (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 16-18).

Foi também nos 80 que a previdência social viveu uma crise (ANDRADE; BARRETO, 2007, p. 32). Com o crescente número de beneficiários e com a crise econômica iniciada em 1980, o Inamps enfrentou grandes dificuldades financeiras. Na tentativa de contornar essa situação, o Instituto procurou implementar estratégia racionalizadora. Buscou “controlar os gastos e conter a expansão dos contratos com o setor privado, passando a privilegiar o setor público” (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 82).

Para dar suporte a tais estratégias, foi criado em 1981 o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (Conasp) (BUSS *apud* RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 82), o qual implementou o Sistema de Atenção Médico Hospitalar da Previdência Social (SAMPHS) e as Ações Integradas de Saúde (AIS) (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 82).

As AIS representaram grandes avanços, mesmo diante das dificuldades para a implementação. No entanto, ao lado de tais avanços, o cenário foi marcado também por retrocessos, já que “a partir de 1984, a direção geral do Inamps passou a praticar uma política de favorecimento à iniciativa privada” (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 76).

Sem pretensão de descrever todo o período, é preciso – para complementar o breve traçado do panorama da saúde dos anos 20 aos anos 80 – fazer menção a um elemento fundamental na área: o movimento sanitário.

Com marcos iniciais na década de 60, o movimento se intensificou nos anos 70 quando, no contexto acima relatado, colocou, de forma mais organizada, questionamentos acerca da qualidade dos serviços e da política de saúde. Já na década de 80, também caracterizada nos parágrafos anteriores, “esse movimento se amplia nacionalmente e se torna mais denso” (LABRA, 2005, p. 360-361), vindo a expressar crescimento, ascensão e auge como força política hegemônica no âmbito da saúde

---

<sup>428</sup> Tais hospitais “tinham em grande parte a sua construção viabilizada com financiamento federal do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS) criado em 74” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 17-18).

na realização da 8ª Conferência de Saúde<sup>429</sup>, em 1986 (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 317; RODRIGUES, SANTOS; 2009, p. 91), conforme citado no tópico anterior.

Essa Conferência marcou a afirmação do projeto de reforma no setor saúde. Sua influência já foi verificada no ano seguinte, em 1987, com a criação do “Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)<sup>430</sup>, pelo qual o Inamps deixou de atuar como órgão de execução direta de ações e serviços de saúde, repassando essas atribuições para os governos estaduais e municipais” (RODRIGUES; SANTOS; 2009, p. 91).

Eram as primeiras manifestações a caminho da proposta do movimento para a descentralização, “que possibilitaria a reforma e reorganização do sistema de saúde brasileiro ‘sobre novas bases’” (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 312).

Além da universalização e da descentralização, outras propostas centrais do movimento foram: “A definição de programas e serviços de saúde adequados às realidades epidemiológicas e de morbidade das populações locais *e a participação da sociedade no acompanhamento e controle das políticas implementadas.*” (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 309, grifo nosso).

É digno de nota o fato de essa movimentação da reforma sanitária, ao lado da mobilização de outros setores sociais, ter se destacado no contexto de redemocratização do país. Oportunidade que possibilitou

---

<sup>429</sup> “As Conferências Nacionais de Saúde foram sancionadas pelo governo Getúlio Vargas e seu Ministro da Saúde, Gustavo Capanema, e ficaram instituídas pela Lei n. 378, de 13 de janeiro de 1937, ‘destinadas a facilitar ao Governo Federal o conhecimento das atividades concernentes à saúde em todo o país e orientá-lo na execução dos serviços locais de saúde, bem como na comissão de auxílio e da subvenção federais’ [...]. A Primeira Conferência Nacional de Saúde é convocada em novembro de 1942”. A 8ª Conferência, em 1986, no governo Sarney, com o tema “saúde e constituinte” (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 313).

<sup>430</sup> “Fez parte estratégica do SUDS a criação das seguintes instâncias colegiadas: Comissão Interinstitucional de Planejamento e Coordenação (CIPLAN), Comissão Interinstitucional de Saúde (CIS) e Comissão Regional Interinstitucional de Saúde (CRIS), bem como a Comissão Local Interinstitucional de Saúde (CLIS), que contemplavam a participação e entidades comunitárias, sindicais e gremidas (Cordeiro, 1991) Na citação do autor está tudo minúsculo, como consta no arquivo de comparação. Esse ensaio, embora muito tímido, demonstrou a real possibilidade e inovar nas aproximações com a organização da sociedade civil mediante a inclusão de arenas participativas na engenharia institucional do setor.” (LABRA, 2005, p. 363).

que a pressão e as propostas sociais formuladas na oportunidade da 8ª Conferência de Saúde<sup>431</sup> formassem a base para o reconhecimento do direito à saúde nos moldes atualmente esculpidos na Constituição de 1988.

A partir de então foi traçado novo desenho para a lógica sanitária. Pretendeu-se ultrapassar o modelo anterior, que se configurou como sistema de seguro social com características privatistas (principalmente na década de 70).

Com a nova Carta Magna verifica-se a organização do sistema de saúde sob uma lógica diferente da que reinava no setor antes de 1988. A saúde foi prevista no artigo 194, ao lado do direito à previdência e à assistência social, como uma das bases da *seguridade social* (BRASIL, 1988). Tratava-se, então, de novo *modelo de proteção social*<sup>432</sup>, de caráter universal.

A garantia da saúde como *direito de todos* foi um grande marco de tal mudança, pois possibilita a passagem do sistema de seguro social combinado com a forte presença do setor privado para a organização do

---

<sup>431</sup> “Todos os princípios propostos pela 8ª Conferência [1986] relativamente à organização dos serviços de saúde também foram absorvidos pelo artigo 198 da Constituição.” (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 89)

<sup>432</sup> “Os modelos universais de proteção à saúde correspondentes ao sistema de proteção social do tipo e seguridade social se concretizam em sistemas nacionais de saúde (como o inglês *National Health Service* – NHS), financiados com recursos públicos provenientes de impostos gerais. Os sistemas nacionais de saúde universais são apontadas como mais eficientes (fazem mais com menos recursos), mais equânimes e, portanto, com maior impacto positivo nas condições de saúde. Nos sistemas universais, o Estado, em geral, presta diretamente os serviços de saúde: toda a rede de serviços hospitalares e ambulatoriais, ou a maior parte dela, é de propriedade estatal. Grande parte dos profissionais de saúde são empregados públicos. E, mesmo nos casos dos serviços contratados pelo setor privado, o Estado tem grande capacidade de controlar os custos a serem prestados. Além disso, os sistemas nacionais estabelecem regras homogêneas para a maioria das ações e serviços de saúde, o que garante serviços similares em todo o país.” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 111). As autoras citam outro exemplo de sistema público universal, anterior ao inglês: o modelo que foi instituído na Rússia, com a Revolução de 1917, e que foi conhecido como modelo Semashko (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 112). “O *National Health Service* inglês foi criado em 1946. Foi o primeiro sistema nacional universal de saúde no Ocidente e em um país capitalista. Foi um exemplo importante para o nosso Sistema Único de Saúde.” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 111).

Sistema Único de Saúde – SUS, com caráter público e de acesso universal<sup>433</sup> (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 15; 71). Realidade compatível com o cenário pós-moderno traçado no tópico 1.2.

Esse quadro demonstra que o SUS é produto de “um longo processo social que visava a mudar a forma como o Brasil garantia a atenção à saúde de seus cidadãos” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008, p. 109).

No entanto, apesar da vitória do movimento sanitário, observa-se que

Houve, na conjuntura política do final da década de 1980 e primeira metade da de 1990, um acerto não-explicito que definiu os termos do texto constitucional. Assim, no embate de interesses e forças políticas que o representa, o setor privado da saúde consegue incorporar no texto constitucional que o SUS estará formado pelo setor público da saúde e pelo setor privado, cujas instituições (hospitais, clínicas, ambulatorios, laboratórios etc.) estarão juridicamente integradas ao SUS através de contratos de caráter público. Esta cláusula não faz mais do que legitimar o setor privado ao interior do sistema público de saúde, situação que se observa na *constituency* e na trajetória histórica do sistema de saúde no país.<sup>434</sup> (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 318)

Essa realidade reflete as características descritas no título anterior acerca das instituições políticas e da cultura do país, especialmente no que diz respeito ao aspecto patrimonialista e burocrático.

O SUS foi definido constitucionalmente no artigo 198 *caput* e incisos I, II e III, como sistema único que conforma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde a ser organizada sob

---

<sup>433</sup> Rodrigues e Santos (2009, p. 15) resumem em três tipos as formas de organização dos sistemas de saúde: sistema público de acesso universal, seguro social e saúde privada.

<sup>434</sup> Há de destacar que as resoluções da 8ª Conferência eram clara e explicitamente contrárias à essa atuação do setor privado na prestação dos serviços de saúde (RODRIGUES, SANTOS, 2009, p. 90). Além disso, Maria Valéria Correia (2000, p. 32) destaca que a atuação complementar abriu “o precedente para o que já vinha acontecendo: a privatização dos recursos públicos por meio da compra de serviços privados”.

o desenho descentralizado e com participação da “comunidade” para cumprir o atendimento integral à população.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90<sup>435</sup>, também define o SUS. No artigo 4º dispõe que o SUS consiste no “conjunto e ações e serviços prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

Frente à permissão constitucional de participação do setor privado para a prestação de assistência à saúde, “também são consideradas ações e serviços públicos de saúde, integrantes do SUS, aquelas executadas por instituições privadas nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição” (AITH, 2007, p. 342; BRASIL, 2006, p. 57).

Trata-se de atuação que configura o denominado setor complementar<sup>436</sup>. Nesse sentido, a Lei 8.080/90, após definir o SUS no artigo 4º, reafirma a permissão já efetuada pela Carta Magna, dispondo no § 2º do referido artigo que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde – SUS, em caráter complementar” (BRASIL, 1990).

O artigo 24, *caput*, da mesma Lei, discorre sobre a possibilidade de participação do setor privado, de modo complementar no SUS “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área” (BRASIL, 1990).

Dá-se preferência à participação de entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos (BRASIL, 2007, p. 41; DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 96), em conformidade com o que dispõe o § 1º do artigo 199 da Constituição e o artigo 25 da Lei 8.080/90. “Essa preferência é reforçada pela dicção do § 2º do art. 199 que proíbe a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 96).

---

<sup>435</sup> Cumprе ressaltar que LOS foi recentemente alterada pela promulgação das Leis 12.401 e 12.466, ambas de 2011. Além disso, um de seus dispositivos foi revogado pela Lei Complementar 141/2012, a tão esperada regulamentação da Emenda Constitucional 29/2000. E foi, ainda, regulamentada por meio do Decreto 7.508/2012.

<sup>436</sup> A atuação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS é de extrema importância para discussão da saúde pública e do direito à saúde. Faz-se a ressalva principalmente por não se ter abordado o tema no texto *Comissões Intergestores: inovação na descentralização das políticas de saúde* (CANUT, 2011).

A formalização da participação privada no SUS dá-se, em conformidade com § 1º do artigo 199 da CF, e do § 5º do artigo 24 da Lei 8.080/90, por meio de contratos ou convênios, de acordo com as normas de direito público. Os convênios, nos casos de entidades filantrópicas, e os contratos, no caso de entidades lucrativas, são firmados com o gestor do SUS (estadual ou municipal) (BRASIL, 2007, p. 41).

O § 1º do artigo 199 prevê que as entidades que participam do SUS de forma complementar deverão atuar segundo as diretrizes do sistema (BRASIL, 1988). O § 2º do artigo 26 da Lei 8.080/90 reforça a previsão ao estabelecer que “os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS, mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (BRASIL, 1990).

Com tais previsões normativas, “todas as pessoas jurídicas de direito privado que tiverem firmado contrato ou convênio com os órgãos e as entidades que compõem o SUS serão consideradas, para todos os fins, instituições do SUS”<sup>437</sup> (BRASIL, 2006, p. 69). Uma vez integrados ao SUS, ficarão submetidos ao controle, fiscalização, regulação e avaliação do gestor público competente (BRASIL, 2007, p. 41).

Ao dispor que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, o *caput* do artigo 199 da Constituição permitiu não apenas a atuação de entidades privadas de forma complementar no SUS, expressamente prevista no § 1º, mas também a atuação da iniciativa privada fora do SUS<sup>438</sup>, configurando o setor de saúde suplementar, por meio do qual

---

<sup>437</sup> “A participação efetiva do setor privado no SUS hoje é mais pronunciada na atenção hospitalar e na oferta de serviços especializados de maior densidade tecnológica e custo, e representa uma proporção importante dos gastos do sistema. Essa dependência do SUS em relação aos serviços privados reflete a insuficiência de investimentos na rede pública e a baixa produtividade da maioria dos serviços sob gerência pública. A oferta de serviços pelo setor privado está orientada pela lucratividade dos atos e condicionada pelos diferenciais de remuneração da tabela do SUS que tem favorecido os procedimentos especializados que utilizam maior aporte tecnológico.” (VASCONCELOS; PACHE, 2008, p. 548).

<sup>438</sup> “O mercado de planos privados de saúde no Brasil, ou setor de saúde suplementar, é composto por grupos diferentes, cada qual com interesses próprios: empresas que operam planos ou seguros privados de saúde, prestadores de serviço (hospitais, clínicas, laboratórios e profissionais que atuam em seus consultórios); e os consumidores de planos ou seguros de saúde.” (RODRIGUES; SANTOS; 2009, p. 130)

muitos cidadãos buscam ações e serviços de saúde. Essa atuação é prevista nos artigos 20 a 23 da Lei 8.080/90.

Dessa forma, quando a iniciativa privada se dá fora do Sistema Único de Saúde, o regime jurídico que irá reger sua atuação é diferente. Sem pretensão de se dedicar diretamente ao tema, levantam-se apenas alguns pontos: a) a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde deve ser controlada pelo Poder Público em virtude do reconhecimento da relevância pública de tais ações pelo artigo 197 da Constituição Federal; b) a iniciativa privada pode prestar assistência à saúde em todos os níveis de complexidade – da atenção básica à média e alta complexidade; c) é proibida, em conformidade com o § 3º do artigo 199 da CF, “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei”; d) Os planos privados de assistência à saúde são regulados pela Lei 9.656/98 e encontram-se sob a supervisão e controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961/00<sup>439</sup> (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 97); e) é da ANS a responsabilidade por normatizar, fiscalizar e controlar a “atividade e todas as instituições jurídicas de direito privado que, de alguma forma, operam seguros e planos de saúde ou prestam ações e serviços privados de saúde e não possuem relação jurídica de natureza obrigacional com o Sistema Único de Saúde”<sup>440</sup> (BRASIL, 2006, p. 63-64).

No que diz respeito aos Hospitais Universitários – HUs, de acordo com o artigo 45 da Lei 8.080/90, sua participação no SUS dar-se-á

---

<sup>439</sup> “A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 [...]. A Lei que instituiu a ANS dispõe que esta tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento de ações de saúde no país. Trata-se de importante instituição jurídica do direito Sanitário na medida em que regula um setor responsável pelo atendimento de aproximadamente 40 milhões de brasileiros.” (BRASIL, 2006, p. 63)

<sup>440</sup> Ressalta-se que “(as instituições-organismos de direito privado sempre terão relação jurídica de natureza regulatória com os SUS, pois submetem-se às normas jurídicas impostas pelas fontes normativas do SUS, notadamente as do Ministério da Saúde, da ANS e da Anvisa). São instituições-organismos de direito privado submetidas diretamente ao direito sanitário as seguradoras e os planos de saúde, as clínicas privadas de saúde, os laboratórios privados de saúde, os hospitais privados, etc.” (BRASIL, 2006, p. 63-64).



[...] mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados. (BRASIL, 1990)

Em relação aos HUs, ressalta-se que a área passou, e vem passando, por grandes mudanças provenientes da promulgação da Lei 12.550, de 2011, que autorizou o Poder Executivo a criar a EBSEH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Instituição que, em conformidade com o artigo 1º da referida Lei, consiste em Empresa pública com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação (BRASIL, 2011). O Estatuto social da EBSEH foi aprovado por meio do Decreto presidencial 7.661/11 (BRASIL, 2011a).

Das características gerais ora descritas, verifica-se que no Brasil tanto o SUS quanto o mercado privado oferecem serviços de saúde (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 134). Tem-se, legalmente, um Sistema Único de Saúde universalista<sup>441</sup> – complementado pela iniciativa privada – ao lado da atuação do setor privado de forma suplementar.

Observa-se, então, que o sistema de saúde brasileiro – considerado em aspecto amplo – organiza-se (na prática) como sistema misto, como ocorre em vários outros países. Isso significa que ele combina características de mais de um tipo de sistema de saúde<sup>442</sup> e se reflete nas combinações feitas entre o sistema público universal e o privado. Este atua fora do sistema de saúde público, num cenário que há predominância do sistema público universal (RODRIGUES; SANTOS; 2009, p. 16).

---

<sup>441</sup> Para Correia (2000, p. 33): “No Brasil, aconteceu o contrário do que se deu nos países do *Welfare State*: em vez de acesso universal, ocorreu, de fato, a universalização excludente (Faveret, 1989). Pois, à medida que se criaram as condições para a inclusão das camadas populares anteriormente excluídas do sistema previdenciário – trabalhadores do setor informal e os não incorporados na produção – também se criam as condições para que os trabalhadores melhor remunerados fossem expulsos de tal sistema, o que os obrigou à compra de serviços no setor privado. Incrementou-se, assim, a mercantilização da saúde e da previdência.”

<sup>442</sup> Rodrigues e Santos (2009, p. 16) explicam os três tipos de sistemas: o público de acesso universal, o de seguro social e o de saúde privada.

De acordo com Cohn (2008, p. 232), é da forma como se articulam os dois setores – esse “*mix* público/privado”<sup>443</sup> que no Brasil predomina na produção de serviços de saúde – que resulta a composição do perfil do sistema de saúde brasileiro.

Dedicando-se à análise do SUS, verifica-se que ele consiste no

[...] arranjo institucional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política. Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim. (VASCONCELOS; PASCHE, 2008, p. 531)

Pela descrição acima é possível verificar, na primeira parte da citação, que o SUS conforma o arranjo institucional para efetivar as políticas de saúde. A partir de agora se intenta relacionar quais instituições fazem parte desse arranjo e como elas se organizam (ou deveriam se organizar) para a formação do sistema de saúde que deve ser único num país federativo com tamanha extensão territorial, desigualdades sociais e composto por serviços públicos e serviços privados complementares.

Apesar de não apresentar personalidade jurídica própria, o SUS é uma instituição de direito público, considerada a mais importante do direito sanitário. Nesse sentido, o SUS configura-se como instituição organismo – assim caracterizada por sua criação e funcionamento serem previstos pelo direito – composta por várias outras instituições jurídicas

---

<sup>443</sup> Segundo a autora: “É esse perfil desse *mix* na composição público/privado que vai definir se os sistemas de saúde nacionais são essencialmente públicos e universais; se são essencialmente privados com um subsistema público estatal voltado para os pobres; ou se são mistos de forma que compoñha uma articulação entre os serviços públicos estatais; os serviços privados (com ou sem fins lucrativos), e os serviços prestados pela sociedade (por meio de organizações não-governamentais, por exemplo), e que acabam por contemplar de forma diferenciada e segmentada os distintos grupos sociais.” (COHN, 2008, p. 236).

autônomas<sup>444</sup> – dotadas de personalidade jurídica – e complementares entre si, para desempenhar a função constitucional de garantir o direito à saúde (BRASIL, 2006, p. 55, AITH, 2007, p. 336; 340; 343).

Diante desse quadro, verifica-se que o funcionamento do SUS dá-se por meio da atuação das diversas instituições-organismos que o compõe e que integram o direito sanitário. Algumas delas são: “o Ministério da Saúde; as Secretarias estaduais e municipais de Saúde; as Autarquias hospitalares; as Autarquias Especiais (agências reguladoras<sup>445</sup>); as Fundações; Conferências e Conselhos de Saúde, Fundos de Saúde e etc.” (AITH, 2007, p. 341; 343).

Deve-se destacar que recentemente, em agosto de 2011, a Lei 12.466 alterou a Lei 8.080/90 para reconhecer *na estrutura* do SUS as Comissões Intergestores Bipartites e Tripartite <sup>446</sup> – artigo 14 A –, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) “como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento” (BRASIL, 2011e).

No âmbito Federal, a direção única do SUS compete ao Ministério da Saúde<sup>447</sup>. Sua existência e competências são estipuladas pela Lei 10.683/03, nos artigos 25, XX, e 27, XX<sup>448</sup>, respectivamente (BRASIL,

---

<sup>444</sup> Também consideradas instituições organismo (AIHT, 2007, p. 336).

<sup>445</sup> Como a ANVISA e a ANS.

<sup>446</sup> Aith (2007, p. 336) destaca que as instituições jurídicas do SUS, “cada qual com sua personalidade jurídica própria, tais como o Ministério da Saúde, as Agências, as Secretarias de Saúde, entre outras”, criam outras instituições jurídicas, como, por exemplo, as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite.

<sup>447</sup> O artigo 198, I, da Constituição estabelece a direção única em cada esfera do governo. O artigo 9º, I, da Lei 8.080/90, dispõe sobre o exercício de tal direção estipulando que será exercida pelos seguintes órgãos: “I – No âmbito nacional, pelo Ministério da Saúde”.

<sup>448</sup> De acordo com o inciso XX do artigo 27 da Lei 10.683/03, compete ao Ministério da Saúde: “a) política nacional de saúde; b) coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde; c) saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios; d) informações de saúde; e) insumos críticos para a saúde; f) ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; g) vigilância de saúde, especialmente quanto às drogas, medicamentos e alimentos; h) pesquisa científica e tecnologia na área de saúde” (BRASIL, 2003b).

2006, p. 59; 61; AITH 2007, p. 435). Os órgãos que compõem o Ministério da Saúde (art. 2º) e as suas competências (art. 3º a 48), estão previstos no anexo do Decreto 7.530, de julho de 2011, que dispõe sobre a estrutura regimental do Ministério. Nesse esquema organizacional está previsto o “conjunto de instituições jurídicas (autarquias, fundações, sociedades de economia mista) que são responsáveis, no âmbito federal, pelas ações e serviços públicos” (AITH, 2007, p. 346; BRASIL, 2006, p. 61; BRASIL, 2011b).

No que diz respeito à direção única do SUS nas demais esferas de governo, o artigo 9º da Lei 8.080/90 estipula que ela será exercida pelos demais entes federativos nos seguintes termos: “[...] II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.” (BRASIL, 1990).

Na estruturação do Sistema nesses níveis de governo, observa-se o seguinte:

Com relação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a organização de suas instituições-organismos, da Administração direta ou indireta, também *é regulada por leis específicas, aprovadas no âmbito de cada ente federativo*. Em geral seguem a lógica da organização administrativa da Administração Pública Federal e apresentam estrutura semelhante, não havendo grandes distinções com relação à organização da União. *O que mudam são algumas terminologias e competências, sendo que na área da saúde tanto os Estados quanto os Municípios podem ter (e geralmente o tem) um órgão específico destinado a desenvolver as ações e serviços públicos de saúde, geralmente chamado de Secretaria da Saúde* (AITH, 2007, p. 350-351; BRASIL, 2006, p. 67, grifo nosso).

Estados e Municípios também criam Autarquias ou Fundações para a execução de ações e serviços públicos específicos (é o caso, por exemplo, da Fundação de Vigilância em Saúde do Estado do Amazonas). (AITH, 2007, p. 350-351)

As regulamentações estaduais e municipais voltadas para criação e adaptação de órgãos, elaboradas em cumprimento da legislação federal –

como os fundos e os Conselhos de Saúde –, bem como a normatização complementar sobre o funcionamento do SUS (VASCONCELOS; PASCHE, 2008, p. 534) em suas instâncias de poder somam-se às normas nacionais incrementando o direito sanitário, já citado no tópico anterior.

Nesse panorama, as instituições jurídicas ligadas à administração direta ou indireta da União, estados, municípios e distrito federal são as mais relevantes do Sistema Único de Saúde brasileiro. Em cada uma das esferas de governo, cabe ao Poder Executivo a responsabilidade por organizar e executar as ações e serviços do SUS (AITH, 2007, p. 344; 353; BRASIL, 2006).

Diante dessa breve descrição formal-legal da estrutura organizativa que forma o SUS, é importante ressaltar que conhecer o funcionamento na prática de cada uma dessas instituições e, mais ainda, como se dá o relacionamento entre elas não é algo simples. Nesse sentido é a observação de Viana e Baptista (2008, p. 101):

Ainda conhecemos muito pouco sobre a forma como operam os grandes aparatos públicos – como o Ministério da Saúde; as agências reguladoras, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária<sup>449</sup> (Anvisa) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e as secretarias estaduais de saúde –, sobre o porquê da existência de tanta fragmentação dentro dos órgãos, qual a influência de determinados formatos organizacionais na formulação e implementação de políticas e etc.

No entanto, uma coisa é certa: todo o conjunto institucional que forma o Sistema de Saúde brasileiro deve ser organizado e operacionalizado em conformidade com os princípios e diretrizes traçados na Constituição de 1988 e especificados na Lei 8.080/90.

Nesse sentido, a formulação, organização e implementação das políticas de saúde, que se materializam em ações e serviços que formam o Sistema Único e que consistem em forma de exercício do direito de todos, devem sempre obedecer a esses princípios e diretrizes. A citação de Vas-

---

<sup>449</sup> “A Anvisa é uma instituição-organismo do direito sanitário que compõe o Sistema Único de Saúde, e a ela compete coordenar o sistema nacional de vigilância sanitária. Trata-se de órgão importante do SUS [...]” (BRASIL, 2006, p. 62).

concelos e Pasche, feita há pouco, enfatiza essa afirmação ao dispor que o SUS traduz em ação os princípios e diretrizes a ele condizentes.

A Constituição estabeleceu, no artigo 196, três grandes princípios para o SUS: a universalidade, a integralidade e a equidade. Eles formam a base do Sistema e lhe conferem ampla legitimidade (VASCONCELOS; PASCHE, 2008, p. 535; BRASIL, 2003, p. 60).

Além de firmar a base do sistema de saúde, a carta constitucional, no artigo 198, *caput*<sup>450</sup> e incisos I e III, estipulou as diretrizes que devem orientar a sua organização e operacionalização. Nesse sentido, as ações e os serviços de saúde deverão ser implementados de acordo com as diretrizes<sup>451</sup> de regionalização e hierarquização – artigo 198, *caput*; da descentralização, com direção única em cada esfera de governo – artigo 198, II; e da participação da comunidade – artigo 198, III.

Ao se tratar dos princípios e das diretrizes do Sistema de Saúde, os quais dizem respeito aos seus alicerces e contornos, respectivamente, (BRASIL, 2006, p. 71) coloca-se em pauta a questão das “regras do jogo do SUS” e as consequências operacionais que delas derivam (VASCONCELOS; PASCHE, 2008, p. 534).

Daí a importância de se compreender os princípios e as diretrizes que refletem as propostas da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Apesar de todos estarem interconectados, alguns apresentam maior complexidade para implementação que outros.

---

<sup>450</sup> Ao discorrer sobre este dispositivo constitucional – art. 198, *caput* – Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 77) afirmam que: “A idéia de sistema, nesta passagem, expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde. A afirmação constitucional está imbuída, portanto, de vários significados, dentre outros, o de que todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram o sistema único.”

<sup>451</sup> Tendo em vista que as Leis 8.080/90 e 8.142/90 foram insuficientes para a implementação do SUS, ao longo dos anos foram sendo editadas normas operacionais (NOBs) e normas de atenção à saúde (NOAs), mais tarde o Pacto pela Saúde de 2006 e mais recentemente o Decreto 7.508, de 2011, que regulamenta a Lei 8.080/90, normas que foram somando-se ao arsenal do direito sanitário, tendo como escopo a operacionalização do SUS de acordo com as diretrizes acima citadas. Verifica-se que há grande preocupação com a descentralização em todas elas, assumindo em alguns momentos o sentido da municipalização e desde as NOAs de 2001 e 2002 até o recente Decreto 7.508/11, o da regionalização.

O *princípio da universalidade* é o grande informador de um sistema de saúde que se pretende público. Com a sua previsão constitucional no artigo 196, positivou-se a pretensão de superar aquela organização do sistema de saúde anterior ao SUS, na qual se tinha, por um lado, alguns segurados, os quais por meio de suas contribuições garantiam o acesso à assistência à saúde, principalmente médica. E, de outro, aqueles que, por não estarem incluídos no mercado formal de trabalho e por não serem, então, contribuintes daquele sistema previdenciário, deveriam ser atendidos pelo sistema público, sucateado, visto como “sistema para pobres”.

Assim, é unânime a consideração de que o SUS significa ruptura com o tipo de organização da saúde que se tinha antes da Constituição de 88 (LABRA, 2005, p. 407). No entanto, a convivência harmônica do ideal universalista com a ampla e forte atuação do setor privado suplementar deixa evidente a contradição que existe no sistema de saúde brasileiro (BAHIA, 2005, p. 407).

O artigo 7º, I, da Lei 8.080/90, também dispôs sobre esse princípio. Nesse dispositivo, o *direito à saúde é garantido a todos, sem nenhuma discriminação*. Direito que deve ser assegurado pelo Estado independente de qualquer pagamento direto pelas ações e serviços<sup>452</sup>. Os reflexos de tal princípio dissipam-se por todo o sistema e são perceptíveis nos demais princípios e, também, nas diretrizes. Além disso, ele evidenciam a dimensão coletiva do direito à saúde.

A ideia da não discriminação remete a outro princípio do SUS, o da equidade, previsto também no artigo 196 do texto constitucional e no artigo 7º, IV, da Lei 8.080/90. Com ele pretende-se garantir a não concessão de privilégios, ou seja, volta-se para “oferecer condição de atendimento igual para todos”, independente da condição social e/ou econômica dos usuários ou de outros critérios particulares (BRASIL, 2003, p. 64).

O último princípio, o da integralidade, está previsto nos artigos 196 e 198, II, da Constituição. Ele foi abordado no inciso I, da Lei 8.080/90, que trata da universalidade e dispõe que o acesso universal deve ser garantido *em todos os níveis de complexidade do sistema*. Isso quer dizer, de acordo com o artigo 7º, II, da Lei 8.080/90, que a assistência à saúde deve ser organizada como “um conjunto articulado e

---

<sup>452</sup> Nesse sentido, o § 1º do artigo 198 da Constituição: “O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes” (BRASIL, 1988).

contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade” (BRASIL, 1990).

Esses dispositivos reforçam o previsto no artigo 198, I, segundo o qual deve haver “atendimento integral, *com prioridade para as atividades preventivas*, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A integralidade<sup>453</sup> é tema fundamental para o direito à saúde e para a concretização do SUS. Ela envolve aspectos de alta sofisticação que se desdobram principalmente nas *diretrizes da descentralização e regionalização e da hierarquização*. Trata-se, ainda, de tema a ser abordado com muita atenção diante dos debates acerca da judicialização do direito à saúde, já que nesse âmbito a predominância do aspecto curativo-individual faz com que o aspecto preventivo-coletivo seja relegado a segundo plano. Esse é um dos grandes resultados do constitucionalismo

---

<sup>453</sup> Para Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 91-93): “O principal objetivo dessa diretriz do SUS [de assistência integral] é o de delimitar a extensão e o alcance do dever de atenção do Sistema Único de Saúde. [...]. Tal diretriz deve ser interpretada, por evidente, à luz do conceito de saúde, sobretudo quando este alude à busca do estado de completo bem-estar físico, mental e social. Ela inclui, portanto, no campo de ações de atenção à saúde, não só atividades de proteção epidemiológica (vacinação etc.), como o mais amplo espectro de atendimentos (consultas, cirurgias, internações etc.), além de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos) e a prestação de serviços e o fornecimento de insumos necessários à integração ou reintegração do indivíduo à vida social (próteses, equipamentos externos para ventilação pulmonar etc.)”. Ao dispor sobre o tema, os autores abordam que de tal princípio ressoa os da dignidade humana, da igualdade e do acesso universal, não podendo o Estado se recusar do seu atendimento sob o argumento de custos que isso envolveria. Assim, enfatizam a dimensão subjetiva do direito ao colocarem que: “A integralidade, em outras palavras, nada mais significa do que privilegiar a vida em detrimento de interesses orçamentários da administração – o chamado interesse público secundário. Nesse sentido, um dos pontos mais discutidos em relação ao tema diz respeito a protocolos clínicos, relações de medicamentos e outros expedientes administrativos similares, que intentam, por assim dizer, *delimitar o âmbito da assistência integral*. A questão, embora controversa, pode ser singelamente formulada: os órgãos públicos da saúde podem criar *standards* de atendimento?”. Transcrevem-se tais passagens apenas para demonstrar a polêmica que tal diretriz envolve e o cuidado que ela exige em seu tratamento.



contemporâneo, referenciado nos títulos 1.2 e 2.1, que enfatiza a dimensão subjetiva do direito à saúde.

A diretriz da descentralização<sup>454</sup>, com direção única em cada esfera de governo, recebeu tratamento legal nos artigos 7º, IX, e 9º, I a III, da Lei 8.080/90. Ela diz respeito à descentralização político-administrativa e envolve, por isso, a distribuição de competências entre os entes da federação brasileira (DI PIETRO, 2001, p. 342), que são autônomos e contam com gestores de saúde e suas responsabilidades em cada esfera de poder (art. 9º, I a III) (BRASIL, 1990).

Essa diretriz é fundamental para a universalização do direito à saúde, tendo elevado o SUS a instrumento fundamental para a nacionalização da política do setor (FRANZESE; ABRUCIO, 2009, p. 15). Ela envolve conceito fundamental no desenvolvimento do Sistema Único de Saúde e diz respeito à “descentralização na formulação e implementação da política de saúde, dos recursos financeiros e, fundamentalmente, dos serviços e ações de saúde nos estados e municípios” (GERSCHAMN; VIANA, 2005, p. 308).

O artigo 7º, IX, da Lei 8.080/90, explicita que a descentralização pode seguir dois caminhos: a) a municipalização; b) a regionalização e hierarquização<sup>455</sup>. A municipalização tomou impulso a partir dos anos 80, com as propostas constantes nos discursos pela democratização do país e pela reforma sanitária e recebeu destaque na NOB 01/93. Com base nas NOAs de 2001 e 2002, a proposta de descentralização passa a assumir o foco da regionalização. Sob a lógica de organização regional do SUS também foram elaborados o Pacto pela Saúde de 2006 e o Decreto 7.508/11, que regulamenta a Lei 8.080/90.

A regionalização como forma de descentralização das ações e serviços de saúde se estrutura com base na *diretriz da hierarquização*. E

---

<sup>454</sup> Apesar de o tema do financiamento da saúde não ser objeto do presente trabalho, ressalta-se que: “O sucesso do processo de descentralização é altamente dependente da disponibilidade de fundos para o cumprimento das atribuições e prioridades locais” (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 349).

<sup>455</sup> “Quanto à integralidade, hierarquização e regionalização do sistema de saúde, a regionalização acaba se defrontando com duas questões: o caráter de nossa federação e das formas de financiamento da saúde, que tornam os municípios e estados competitivos entre si na arrecadação de recursos; e a distribuição altamente desigual dos equipamentos de saúde, mais acentuadamente ainda no que diz respeito aos equipamentos de maior complexidade tecnológica.” (COHN, 2008, p. 243)

as duas diretrizes traduzem-se na possibilidade de organizar regiões de saúde que garantam o acesso a todos os níveis de complexidade do sistema, ou seja, que garantam a prevenção e o atendimento desde a atenção básica até os tratamentos de média e alta complexidade. Pretende-se por meio delas criar a rede que permita aos usuários de municípios que não ofereçam determinados serviços e ações de saúde de maior complexidade serem atendidos em outros municípios que prestem tal serviço ou ação<sup>456</sup>.

Nesse sentido:

*A hierarquização da atenção à saúde não significa apenas organizar a rede física de serviços de saúde, mas significa a implementação de mecanismos que garantam o acesso às ações e aos serviços de toda a complexidade requerida. Inclui a organização de fluxos de encaminhamentos – referência – e de retorno dos usuários e das informações sobre o atendimento realizado, para o nível da atenção básica do sistema, ou seja, dos profissionais responsáveis pela saúde dos mesmos – contra-referência. (BRASIL, 2003, p. 111)<sup>457</sup>*

---

<sup>456</sup> “A organização dos serviços em *sistema* de saúde deve basear-se nos princípios da (1) *descentralização* [...]; (2) *da regionalização* [...]; (3) *da hierarquização* (a porta de entrada para o sistema devem ser as equipes de saúde responsáveis por grupos de usuários ou comunidades ou as unidades básicas de saúde; se necessário, fazem-se encaminhamentos para as unidades de atendimento especializado ou para hospitais de atendimento básico, inclusive as urgências e hospitais de média e alta complexidade).” (BRASIL, 2003, p. 111)

<sup>457</sup> Dallari e Nunes (2010, p. 83-84) explicam o processo: “Ao promover a regionalização e a hierarquização da atenção em saúde, a Constituição determina a criação de um sistema de referência e contra-referências, com o objetivo de racionalizar a utilização dos recursos para o atendimento. Por essa lógica e funcionamento, as unidades de atendimento primário devem construir as portas de entrada do sistema, aptas não só a realização de atendimentos de menor complexidade, como também ao referenciamento, eventualmente necessário, do paciente para unidades destinadas a atendimentos de maior complexidade. Assim, em princípio, as pessoas são atendidas nas unidades primárias, que, verificando que a situação clínica requer um nível maior de complexidade na atenção, referencia (encaminha) o interessado a outra unidade de atendimento (secundária ou terciária, conforme o caso). Uma vez realizado o atendimento mais complexo é frequente que o paciente necessite de cuidados complementares, geralmente ambulatoriais, o que faz com que a unidade de atendimento de maior comple-

Com essa estruturação procura-se cumprir o princípio da integralidade que, como bem ressalta Santos (2011), tem que ser garantido no “âmbito do *sistema de saúde* e não no âmbito de cada ente federativo”. Por meio dela verificam-se também os fundamentos do sistema que se baseia em negociações e integração entre gestores para organização da oferta de ações e serviços de saúde, e impõe, por isso, “*solidariedade ao sistema*”.

Sem aprofundar na análise dos dispositivos do Decreto 7.508/11, cabe ressaltar a atenção que tal instrumento normativo deu à regionalização e à hierarquização. Estipulou, em relação a esta, as portas de entrada do SUS – artigo 9º<sup>458</sup> – e dispôs em seu artigo 20<sup>459</sup> que a integralidade da assistência à saúde é garantida por meio do sistema de referenciamento do usuário (BRASIL, 2011c).

A última diretriz a ser abordada é a da participação da comunidade<sup>460</sup>. Como uma das grandes propostas do movimento sanitário, tal diretriz exige a criação, pelo poder público, de mecanismos que permitam a participação popular na formulação e implementação das políticas de saúde, que se exteriorizam nas ações e serviços públicos de saúde<sup>461</sup> (BRASIL, 2006, p. 76). Por meio dela foi possível alterar a configuração de exercício do direito coletivo à saúde. Como já afirmado, essa diretriz foi capaz de tirar a exclusividade do Estado na atividade de deliberar sobre as políticas do setor no âmbito do Sistema.

Além da previsão constitucional e legal no artigo 7º, VIII, da Lei 8.080/90, tal diretriz recebeu tratamento específico na Lei 8.142/90<sup>462</sup>,

xidade promova a contra-referência do paciente à unidade primária de onde partiu o encaminhamento.”

<sup>458</sup> **Art. 9º.** São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços: I – de atenção primária; II – de atenção de urgência e emergência; III – de atenção psicossocial; e IV – especiais de acesso aberto. (BRASIL, 2011c).

<sup>459</sup> **Art. 20.** A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores. (BRASIL, 2011c).

<sup>460</sup> Tema que será abordado em tópico próprio.

<sup>461</sup> Nesse ponto ressalta-se a importância do planejamento e dos planos de saúde, já que a operacionalização das políticas de saúde, a serem transformadas em ações e serviços, deverá estar prevista em tais planos.

<sup>462</sup> Recorde-se que esse tratamento em lei posterior justifica-se pelos vetos do presidente Collor acerca do assunto no projeto que se tornou a Lei 8.080/90.

que institucionalizou a participação na estrutura do SUS por meio das Conferências<sup>463</sup> e dos Conselhos de Saúde (BRASIL, 1990a).

As Conferências e os Conselhos de Saúde – nos níveis municipal, estadual e nacional – são consideradas elementos fundamentais de controle da sociedade sobre a formulação e implementação das políticas de saúde<sup>464</sup> (BRASIL, 2003, p. 99).

Importa destacar também que o movimento favorável à participação social no SUS considerava a descentralização como fator chave para a democratização e para o controle social a ser exercido pelas Conferências e Conselhos em todos os níveis da federação<sup>465</sup>.

No âmbito do SUS, a diretriz de descentralização com direção única em cada esfera de governo<sup>466</sup>, a ser exercida pelo Ministério da Saúde, no âmbito da União e pelas secretarias de saúde ou órgãos equivalentes nos estados, no Distrito Federal e nos municípios<sup>467</sup>, reflete uma das principais características do federalismo brasileiro adotado pela Constituição de 1988: a descentralização político-administrativa e financeira. Além disso, o sistema de saúde enfatiza outro ponto peculiar desse sistema federativo: o reconhecimento dos municípios como entes federativos autônomos (BAGGIO, 2006, p. 109; 116)<sup>468</sup>.

A direção única remete à responsabilidade dos entes federativos para o desempenho da competência comum (AITH, 2007, p. 361-362)

<sup>463</sup> Destaca-se que a existência legal das Conferências Nacionais de Saúde data de 1937 (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 313).

<sup>464</sup> Não cabe aqui destacar os debates acerca de tais espaços, que são muitos. No entanto, neste momento destaca-se a necessidade de reforçar o controle social sobre o momento político da implementação de tais políticas.

<sup>465</sup> Vale destacar a observação de Nascimento (2007, p. 87), segundo a qual: “A análise dos princípios que definiram o sistema de organização as relações territoriais de poder, ou seja, os princípios que viriam orientar o sistema federativo brasileiro concomitantemente às diretrizes e princípios que nortearam a reorganização do sistema e saúde no Brasil, na Constituição de 1988, pressupõem compreender o contexto no qual foi possível instituí-los no plano jurídico-legal. Em ambos os casos, democracia e descentralização política e territorial foram definidas como seus princípios fundamentais.”

<sup>466</sup> Artigo 198, I, da Constituição Federal.

<sup>467</sup> Artigo 9º, I, II e III, da Lei 8.080/90.

<sup>468</sup> “Esta é uma peculiaridade do sistema brasileiro, já que não há na história do federalismo mundial registros anteriores de tal natureza” (BAGGIO, 2006, p. 109).

de cuidar da saúde<sup>469</sup>, nos termos do artigo 23, II, da Constituição e envolve também a complexidade da cooperação entre eles.

A Lei 8.080/90 se ocupou, em seu capítulo IV, com os temas: Atribuições Comuns (seção I) e Competência (seção II). Na primeira seção, que compreende o artigo 15, incisos I a XXI, a lei descreve as atribuições comuns a serem assumidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios nos âmbitos administrativos (BRASIL, 1990).

Já na segunda seção, a Lei discrimina as competências dos entes federados: no artigo 16, incisos I a XIX, estabelece as competências da direção nacional do SUS – Ministério da Saúde; no artigo 17, incisos I a XIV, institui o que compete à direção estadual do sistema; no artigo 18, incisos I a XII, organiza a competência da direção municipal; no artigo 19, dispõe sobre a competência do Distrito Federal (BRASIL, 1990).

Para Aith (2007, p. 367-368), “as competências do SUS encontram-se bem delineadas, desde a CF até a Portaria que define a Norma Operacional Básica do SUS”.

Não se corrobora esse posicionamento. Apesar da previsão constitucional e do tratamento do tema em comento pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90 – principalmente em relação aos recursos financeiros –, o conjunto normativo por elas formado não é suficiente para o estabelecimento das funções/competências dos entes federativos na área da saúde.

Agustini (2009, p. 94) afirma que

A implantação de um novo modelo de assistência à saúde, após a Constituição de 1998, na forma do Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por vários entes da Federação trouxe problemas na definição clara de responsabilidades. A competência para legislar sobre o direito da saúde, a responsabilidade da prestação e do financiamento do setor são questões que produzem um amplo debate, sem haver uma explicitação precisa do que compete a quem. Neste contexto é importante fazer uma análise do aspecto federativo brasileiro e a sua relação com o direito à saúde.

---

<sup>469</sup> A competência legislativa concorrente na área da saúde, prevista no artigo 24, XII, da Constituição, não será objeto de análise deste trabalho. Para mais informações sobre competências materiais e legislativas nessa área, *vide* Dallari e Nunes (2010, p. 101-106).

A imprecisão de tal definição pode ser constatada diante da preocupação das Normas Operacionais (NOBs) – principalmente a NOB 01/93 e a NOB 01/96 –, das Normas de Assistência à Saúde (NOAS) e do Pacto pela Saúde de 2006.

Nesse sentido:

Não é fácil delimitar as funções das esferas de governo (federal, estadual e municipal) no planejamento, no financiamento e na execução das ações e dos procedimentos de média e alta complexidade, pois esta divisão não foi estabelecida nas normas legais maiores que constituíram o SUS. (BRASIL, 2007, p. 24)

Em relação ao tema, Santos e Andrade (2007, p. 107) referem-se à difícil tarefa de detalhar as responsabilidades estaduais e municipais constantes nos artigos 15 a 19 da Lei 8.080/90 e consideram que essa estipulação não deva ser feita de forma hierárquica, de cima para baixo, seja pelo Ministério da Saúde no papel de direção nacional, seja pelos estados no papel de direção estadual.

Dessa forma, apesar de a Lei 8.080/90 dispor sobre competências comuns e específicas de cada ente federativo, pouco especifica sobre as competências assistenciais em saúde, ou seja, pouco diz sobre as responsabilidades de cada um na organização das ações e serviços de saúde (CONASS, 2007, p. 25).

Por isso, além de toda a preocupação com a delimitação das competências de cada esfera de governo, há outro elemento fundamental para a concretização do Sistema de Saúde: a cooperação e coordenação entre essas esferas. No parágrafo único do artigo 23 da Constituição reconheceu-se a importância de tal cooperação. No entanto, o seu regramento ficou vinculado à edição de lei complementar. A falta de regulamentação desse dispositivo constitucional dificulta a resolução de problemas pertinentes às relações intergovernamentais (BAGGIO, 2006, p. 113) e impõe desafios para a concretização do Sistema de Saúde.

Nascimento (2007, p. 157) afirma que há “falta de precisão no que diz respeito à definição das competências e à origem dos recursos financeiros na gestão do SUS” e que, pelo fato de as previsões constitucionais dos artigos 23 e 30 ainda não terem sido regulamentadas, o país fica

[...] entregue à “desordem federativa”, resultante de uma indefinição de funções entre as três instâncias

federativas, da superposição de ações e da inflação de transferência voluntárias, por pressões políticas descoordenadas e incoerentes.<sup>470</sup> (CAMARGO *apud* NASCIMENTO, 2007, p. 140)

Assim, tendo em vista que a atual conjuntura normativa é incompleta no que diz respeito ao estabelecimento de competências, que a lei complementar que fixaria normas para cooperação entre os entes federados não foi elaborada, que o estabelecimento de responsabilidades na área da saúde deve se dar em conformidade com questões geográficas, socioeconômicas e epidemiológicas locais e regionais<sup>471</sup>, foram criados mecanismos dentro do próprio SUS para possibilitar as relações intergovernamentais ou interfederativas.

Iniciativa marcante nesse sentido foi a criação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite<sup>472</sup>, inicialmente criadas e normatizadas por Portarias Ministeriais, e atualmente reconhecidas na estrutura do SUS por meio da Lei 12.466/11, que alterou a Lei 8.080/90. Tais Comissões também foram tratadas no Decreto 7.508/11<sup>473</sup>, que reforçou a

---

<sup>470</sup> O autor refere-se à lei complementar já mencionada neste tópico.

<sup>471</sup> “No que diz respeito às políticas de saúde, agregue-se a isso a complexidade inerente a essa área, relacionada aos seguintes fatores: múltiplas determinações sobre o estado de saúde da população e dos indivíduos; diversidade das necessidades de saúde em uma população; diferentes tipos de ações e serviços necessários para dar conta dessas necessidades; capacitação de pessoal e recursos tecnológicos requeridos para atendê-las; interesses e pressões do mercado na área da saúde (no âmbito da comercialização de equipamentos, medicamentos, produção de serviços, entre outros) que frequentemente tensionam a estruturação de um sistema calcado na concepção de saúde como um direito de cidadania” (BRASIL, 2003a, p. 16).

<sup>472</sup> A Comissão Intergestores Tripartite – CIT foi criada em julho de 1991, mas “nunca foi consumada no processo de formulação durante o governo Collor (Goulart, 2001)” (ARRETCHE, 2005, p. 297). A NOB 01/93, ao dispor sobre o “gerenciamento do processo de descentralização”, estabeleceu que as relações entre as três esferas do governo dar-se-ia por meio de “instâncias de articulação, negociação e decisão, nas quais os três gestores (ministério da saúde, secretarias municipais e estaduais de saúde) pactuam as políticas de saúde” (REMOR, 2003, p. 39). Assim, essa norma organizou o funcionamento da Comissão Intergestores Tripartite – CIT – no âmbito nacional –, instituiu as Comissões Intergestores Bipartites – CIBs – no âmbito estadual.

<sup>473</sup> De acordo com o Decreto 7.508, de 2011: **Art. 30.** As Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de

importância das Comissões Intergestores ao dispor sobre as Comissões Intergestores Regionais, já previstas no Pacto pela Saúde de 2006 sob outra denominação<sup>474</sup>.

Essas Comissões<sup>475</sup> consistem em colegiados de negociação e de liberação sobre a implementação da política de saúde<sup>476</sup>. São foros tec-

saúde integrados em redes de atenção à saúde, sendo: I – a CIT, no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde para efeitos administrativos e operacionais; II – a CIB, no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais; e III – a Comissão Intergestores Regional – CIR, no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB. (BRASIL, 2011c).

<sup>474</sup> Pelo novo Decreto, as Comissões Intergestores nas Regiões denominam-se “Comissões Intergestores Regionais – CIR”, ao passo que o Pacto pela Saúde de 2006 (Portaria 399/06), quando tratava dos “Mecanismos de Gestão Regional”, previa as CIBs (Comissões Intergestores Bipartites) Regionais.

<sup>475</sup> A NOB 01/93 organizou o funcionamento da Comissão Intergestores Tripartite – CIT – no âmbito nacional –, instituiu as Comissões Intergestores Bipartites – CIBs – no âmbito estadual – e dispôs sobre a sua composição: “A Comissão Intergestores Tripartite – integrada paritariamente por representantes do Ministério da Saúde e dos órgãos de representação do conjunto dos Secretários Estaduais de Saúde/CONASS e do conjunto dos Secretários Municipais de Saúde/CONASEMS – tem por finalidade assistir o Ministério da Saúde na elaboração de propostas para a implantação e operacionalização do SUS *submetendo-se ao poder deliberativo e fiscalizador do Conselho Nacional de Saúde.*” (BRASIL, 1993, grifo nosso).

“A Comissão Intergestores Bipartite – integrada paritariamente por dirigentes da Secretaria Estadual de Saúde e do órgão de representação dos Secretários Municipais de Saúde do estado – deverá ser criada e formalizada através de portaria do Secretário Estadual de Saúde, sendo a instância privilegiada de negociação e decisão quanto aos aspectos operacionais do SUS.” (BRASIL, 1993).

“Cada Estado contará com uma Comissão Bipartite, cujas definições e propostas deverão ser referendadas ou aprovadas pelo respectivo Conselho Estadual, *submetendo-se ao seu poder deliberativo e fiscalizador.*” (BRASIL, 1993, grifo nosso).

<sup>476</sup> Em conformidade com o artigo 32 do Decreto 7.508/11: **Art. 32.** As Comissões Intergestores pactuarão: I – aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde; II – diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos; III – diretrizes de âm-



noburocráticos com atribuição de decidir sobre os aspectos operacionais do SUS e surgem como mecanismo de interação entre os entes federativos. São “fóruns de coordenação federativa horizontal” (FRANZESE; ABRUCIO, 2009, p. 17).

Nesse sentido segue o artigo 2º, IV, do Decreto 7.508/11, ao dispor que as Comissões Intergestores são “instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras a gestão compartilhada do SUS” e o artigo 14-A<sup>477</sup> da Lei 8.080/90, segundo o qual “as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS)”<sup>478</sup>.

Gerschman e Viana (2005, p. 319) atentam para mais um elemento complexificador nesse contexto: a participação social, prevista na Constituição e na Lei 8.142/90. Eles explicam que a implementação do sistema de saúde que envolva entes federativos autônomos e a participa-

---

bito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos; IV – responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias; e V – referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência. (BRASIL, 2011c).

Com a Lei 12.466/11, foi incluído o artigo 14-A na Lei 8.080/90 com o seguinte teor: **Art. 14-A.** As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo: I – decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política substanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; II – definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; III – fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados. (BRASIL, 2011e).

<sup>477</sup>

Com alteração pela Lei 12.466/11 já citada.

<sup>478</sup>

Segundo Sano (2009, p. 3), “a literatura aponta que os maiores avanços em termos de articulação intergovernamental foram alcançados pela área da Saúde, com a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

ção social só “poderia acontecer sob um acerto institucional renovado de forma continuada, o que se torna quase inviável considerando a diversidade de interesses em jogo”. Dessa forma há, ainda, que garantir essa participação nos processos de decisão interfederativas.

Na citação a seguir verifica-se a importância das pactuações intergestores<sup>479</sup>:

Do mesmo modo, existe uma série de ações e serviços que devem ser executados “pelo SUS” (item 1.3 adiante). Significa que em locais ou situações em que não haja possibilidade deles serem executados pelo Município, cabe ao Estado fazê-lo, ou à União. O que não é possível é a ausência/inexistência destas ações e serviços. *Quando e como fazer deve ser tratado pelas Comissões Intergestores Bipartite – CIB e pela Comissão Intergestores Tripartite – CIT, com avaliação e deliberação dos respectivos Conselhos de Saúde.* Muitas vezes (na maioria delas) faltam recursos; outras vezes, falta tecnologia, pessoal, insumos, entre outros, inclusive, falta vontade política. (BRASIL, 2003, p. 74, grifo nosso)

Apesar da afirmação de notórios autores na área do direito sanitário no sentido de que “a simples compreensão do sistema federal e da distribuição de competências adotada pela federação brasileira, somada ao entendimento do Estado Democrático de Direito seria suficiente para que pudesse atuar com segurança na organização jurídica do sistema de saúde no Brasil”<sup>480</sup> (DALLARI, NUNUES JÚNIOR, 2010, p. 12), acre-

---

<sup>479</sup> Dentre os problemas e desafios que ainda persistem no âmbito do SUS encontra-se: “O amadurecimento dos processos de negociação e pactuação, especialmente no âmbito das comissões intergestores bipartite (CIB), nos estados, e nas regiões de saúde, instituindo e fortalecendo processos de co-operação e solidariedade se coloca como requisito essencial ao avanço da necessária integração do Sistema de Saúde” (VASCONCELOS; PACHE, 2008, p. 558).

<sup>480</sup> Isso não quer dizer que Dallari e Nunes (2010, p. 105, grifo nosso) desconhecem tal organização. Muito ao contrário. Eles chegam a dispor que: “Convém constatar, entretanto, que essa resposta [da solidariedade entre os entes federativos] não dissolve a responsabilidade recíproca dos entes no interior do sistema, já que, em se tratando de uma responsabilidade comum, todos devem, por evidente, dar sua *quota-parte* para a concretização

dita-se que a atuação nessa área exige maior compreensão do SUS e das relações interfederativas que em seu âmbito ocorrem para implementação das ações e serviços de saúde.

Trata-se de desafio para aqueles que atuam na área jurídica, já que a organização do sistema por meio das pactuações entre gestores não se formaliza pelas Leis e sim por normas de baixa hierarquia como as Portarias – por exemplo, as Portarias Ministeriais, e dos gestores estaduais – e ainda, depois do Decreto 7.508/11, no que diz respeito à organização interfederativa de atenção à saúde, por meio de Contratos Organizativos da Ação Pública da Saúde<sup>481</sup> (art. 33), os quais dão ênfase aos direitos e obrigações dos entes federativos. Mesmo que esses contratos reforcem os compromissos entre os gestores, fica a questão, comum às portarias, relativa ao reconhecimento desses instrumentos no universo jurídico, principalmente quando envolve demandas judiciais.

É o conhecimento dessa organização – na qual as pactuações intergestores vão estipulando novas responsabilidades para cada esfera de governo – que viabiliza atuação na área da saúde com vistas a preservar

---

do ideário constitucional. Nesse sentido, a Lei 8.080/90, ao regulamentar o Sistema Único de Saúde, discriminou como cada um dos entes deve concorrer para o incremento do sistema, indicando, portanto, quais responsabilidades pertencem a cada uma das esferas da Federação, *sendo certo que boa parte delas, inclusive, deve ser pactuada por meio das chamadas Comissões Intergestores*. Ademais, como já apontado, a diretriz de descentralização, embora fixe uma responsabilidade para os Municípios, não desonera os demais entes federativos, que devem, inclusive, assumir a gestão das ações e recursos em saúde quando houver descumprimento das obrigações pela Municipalidade.”.

<sup>481</sup> Por meio do Decreto criou-se novo instrumento de formalização de tais pactuações. Esses contratos já haviam sido abordados na obra de Santos e Andrade (2007). No artigo sobre as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, elaborado antes do Decreto supramencionado e tendo em vista o projeto de lei transformado na Lei 12.466/11 (CANUT, 2011, p. 130), discorreu-se que, “com relação ao instrumento de formalização dos consensos interfederativos, verifica-se que a proposta do Projeto de Lei não contempla as necessidades apontadas por Santos e Andrade: ‘Como os consensos obtidos nos fóruns interfederativos da saúde não são suficientes para dar seqüência ao pactuado, necessitam consubstanciar-se em outros instrumentos jurídicos, que podem ser o contrato de ação pública ou o contrato de regionalização, o qual organizará o serviço regionalizado da saúde, capaz de gerar direitos e obrigações, garantindo-se, assim, uma situação de segurança jurídica entre os entes públicos e, conseqüentemente, para a população usuária dos serviços de saúde’ (2007, p. 129).”

e até mesmo colaborar para a concretização do SUS e, assim, do direito de todos à saúde de acordo com os princípios da universalidade e da integralidade.

Constata-se que a descentralização no âmbito do Sistema Único de Saúde brasileiro consiste em processo dinâmico (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 91) que tem se manifestado de forma bastante particular, já que o processo decisório concentra autoridade no Ministério da Saúde, ao mesmo tempo que garante a representação dos estados e municípios por meio das Comissões Intergestores Bipartites e Tripartites<sup>482</sup> (ARRETCHE, 2005, p. 285).

Além disso, relações de cooperação entre os entes federativos poderão ser estabelecidas por meio dos consórcios públicos e convênios de cooperação, nos termos do artigo 241<sup>483</sup> da Constituição Federal. A Lei 8.080/90 previu os consórcios intermunicipais nos seus artigos 10, § 1º, e 18, VII (BRASIL, 2007a, p. 182-183; BRASIL, 1990).

No cenário traçado, a elaboração e a implementação das políticas de saúde, que se dão por meio do SUS, carregam o dilema – comum das políticas públicas – de manterem autonomia e integridade de todos os entes federados e, ao mesmo tempo, possibilitarem a coordenação entre eles para o cumprimento do dever comum (COSTA; PALOTTI, 2009, p. 1).

Ao mesmo tempo que cada esfera de governo tem funções específicas, há mecanismos de articulação entre elas para poderem atuar de forma complementar e cooperativa (BRASIL, 2003a, p. 16). Justamente por isso, Santos e Andrade (2007, p. 123) referem-se ao SUS como “exemplo mais acabado do federalismo cooperativo”<sup>484</sup>.

Para Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 79, 80), toda a estruturação da descentralização do sistema de saúde, justamente por se organizar como “sistema”, consiste em “descaracterização pontual da lógica federa-

---

<sup>482</sup> Apesar de não haver intenção de discorrer sobre a questão, importa destacar que, “como o financiamento da saúde em grande medida ainda é de responsabilidade do governo federal, é ele que acaba determinando os parâmetros pelos quais a descentralização da saúde acaba se dando, com a definição das atribuições dos estados e municípios e seu grau de autonomia para ditar suas respectivas políticas de saúde” (COHN, 2008, p. 243).

<sup>483</sup> A Lei 11.107, de 6 de abril de 2005, “dispõe sobre as normas gerais para a União, estados, o Distrito Federal e os municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.” (BRASIL, 2007a, p. 186; BRASIL, 2005).

<sup>484</sup> Sistema citado no Capítulo 1, ao discorrer, em nota, sobre o federalismo norte-americano.

tiva”, já que no lugar da autonomia dos entes propugna-se a integração (automática) deles ao sistema, que só se sustenta por meio da cooperação.

Independentemente das críticas cabíveis à atual formatação do Sistema Único brasileiro, verifica-se que ele *representa muitos avanços na área da proteção e da promoção e exercício do direito coletivo à saúde*. Além disso, pretendeu-se demonstrar que para a atuação nessa área do direito é importante saber: como se organizava a assistência à saúde antes do SUS; em que consiste e como se organiza o SUS; quais as instituições que compõem o SUS; os seus princípios e diretrizes; como funciona o processo de descentralização do sistema; e como se configura a divisão de competências entre os entes federativos nesse contexto.

A visão geral ora traçada sobre o SUS, de sistema previsto na Constituição, nas leis e demais normativas que, no conjunto, formam o direito sanitário, permite compreender os elogios que a ele se direcionam em virtude da caracterização como política pública<sup>485</sup> universalista e do processo de descentralização que, ao ser operacionalizado, proporciona arquitetura inovadora no âmbito da gestão pública.

Essas, e outras características citadas ao longo do trabalho, são algumas conquistas já alcançadas no decurso da instituição e implantação do Sistema Único de Saúde brasileiro. No entanto, os próprios avanços são acompanhados por desafios. O SUS “real” ainda está distante do SUS legal.

Diante da obrigação de garantir um direito prestacional, ou seja, que exige ações positivas do Estado, por meio de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas em conformidade com os princípios e diretrizes constitucionais – já expostos neste trabalho –, põe-se em xeque a estrutura tradicional do direito, da justiça, da divisão dos poderes, da organização da assistência à saúde e exige outra lógica, pós-moderna.

Não há pretensão de apontar todas as dificuldades que os assuntos até aqui trabalhados apresentam ao SUS. Menos ainda aqueles grandes

---

<sup>485</sup> “[...] assumindo-se a definição de políticas públicas como ‘programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, [cita Bucci], não há dúvida de que o Sistema Único de Saúde configura uma política pública de saúde, que tem sua primeira formulação na própria Constituição.” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 117)

problemas operacionais do sistema, ou seja, do SUS real no dia a dia, já conhecidos de todos, como a falta de médicos e de atendimento, demora em marcar consultas, filas, problemas relativos ao financiamento da saúde. Cenário que ainda é marcado “por uma enorme deficiência da oferta de ações e serviços em termos quantitativos e qualitativos, uma distribuição desigual da rede de unidades de saúde pelo território nacional, e pela dificuldade de acesso da população a eles”<sup>486</sup> (RODRIGUES, SANTOS; 2009, p. 103).

Intenta-se somente citar alguns pontos problemáticos que envolvem os assuntos tratados neste tópico e que se tornam desafios para a concretização do Sistema.

Nesse sentido, apesar das conquistas já alcançadas, destaca-se que o SUS exige inovações na gestão pública e, consequentemente, novos paradigmas administrativos para a concretização (MAGALHÃES JÚNIOR, 2007, p. 16)<sup>487</sup>, proteção e exercício do direito de todos à saúde.

Além da análise da inadequação do modelo atual para se exercer o direito coletivo à saúde, nos termos descritos no título 1.3, outras questões podem ser levantadas como, por exemplo: visto que o cenário jurídico tradicional não tem ferramentas nem organização propícias para lidar com políticas públicas, como possibilitar a concretização do direito à saúde por meio destas no âmbito do SUS, conforme previsto constitucionalmente?

Ocupando-se com o tema “direito administrativo e políticas públicas” em geral, Bucci (2006, p. 262; 257) destaca a dificuldade supracitada e afirma que ela é consequência de o modelo das políticas públicas não ter sido contemplado pelas estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido integrado, por isso, ao ordenamento jurídico. Dessa forma,

---

<sup>486</sup> Destaca-se que: “Infelizmente, o SUS ainda não se configura efetivamente como um sistema interligado, ou uma rede de ações e serviços de saúde integrados. Na maior parte do país ainda faltam sistemas de informação, comunicação e logística, além de órgãos de planejamento e controle, capazes de gerir de forma eficaz e eficiente a rede de ações e serviços públicos de saúde. O resultado disso é a grande dificuldade de acesso da população a consultas, exames e internações, filas, desconforto, ansiedades, em suma: um total desrespeito ao direito dos cidadãos, que são, afinal de contas, quem financia todo o sistema.” (RODRIGUES, SANTOS; 2009, p. 52-53).

<sup>487</sup> O autor ressalta a necessidade de mudanças não só administrativas, mas também técnicas, operacionais e financeiras no SUS para que ele possa realmente se consolidar como política pública que visa à integralidade da pessoa humana (MAGALHÃES JÚNIOR, 2007, p. 16).

não há padrão para a exteriorização da política de saúde que seja claramente apreensível ao sistema jurídico, o que coloca em questão a vinculatividade dos instrumentos que formalizam as políticas públicas<sup>488</sup>, conforme já mencionado no título 1.2.

Diante do quadro, desenvolve-se problemática fundamental para o SUS: o tema da solidariedade que, em virtude da dificuldade dos aplicadores do direito em lidar com a estrutura, organização, formalização e aplicação de políticas de saúde, tem sido tratado de maneira não condizente às políticas de saúde no âmbito do SUS.

Conforme visto acima, a solidariedade do SUS emerge principalmente em função da diretriz da hierarquização dos serviços de saúde. E, nesse sentido, “entes federativos com maior população, organização de serviços e desenvolvimento econômico deverão, na rede de serviços, garantirem serviços ao cidadão referenciado por municípios de menor porte e riqueza” (SANTOS, 2011).

No âmbito do judiciário tem-se recorrido muito ao discurso da solidariedade<sup>489</sup> (SANTOS, 2011) no seguinte sentido:

Destarte, fica clara a responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na prestação à saúde, o que significa, por outro modo, solidariedade entre os entes, fazendo com que o cidadão, a seu critério, possa demandar qualquer uma das entidades federativas. Esse o entendimento de copiosa jurisprudência: ‘[...]’. (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 103)

Uma síntese dessa problemática é feita por Santos (2011), para quem a solidariedade sanitária no âmbito do SUS

[...] se fundamenta no tratamento equânime entre os entes federativos na garantia do direito à saúde

---

<sup>488</sup> A autora refere-se às políticas públicas e não à política de saúde especificamente.

<sup>489</sup> Ao abordar esse tema, Carlos Fernando Coruja Agustini (2009, p. 226) afirma que “Uma das grandes sugestões apontadas para solução de impasse relacionado à responsabilidade pelas ações de saúde é a de fixação da subsidiariedade [cita Baracho] entre os entes federados, em lugar da solidariedade como o tema vêm sendo compreendido. Isto preservaria as regras constitucionais de competência e permitiria exigir-se adequadamente o direito à saúde de quem responsável” [aqui cita Figueiredo].

e não numa solidariedade que, por desconhecer o SUS e desconsiderar a sua forma organizativa, desestrutura um sistema fundado na *solidariedade de hierarquia de complexidade de serviços*.

A maneira como o Judiciário vem tratando a *solidariedade* não contribui para a organização da rede de ações e serviços de forma hierarquizada para garantir a integralidade da saúde. Demonstra desconhecimento da estrutura do SUS e acaba por desconsiderar toda a complexa organização do Sistema por meio de pactuações intergestores e da participação “comunitária”.

O direito subjetivo à saúde deve ser garantido. No entanto, o que se coloca em pauta é o equilíbrio entre a dimensão individual, a coletiva e a pública: isso envolve a função social do bem coletivo saúde e, assim, o seu resgate como bem coletivo autônomo com titular próprio, a Sociedade, e com novos processos de exercício e proteção<sup>490</sup>.

Em relação às pactuações feitas nas Comissões Intergestores levantam-se dois problemas: a) o de que a integralidade depende das relações interfederativas descritas no tópico anterior; b) o seu reconhecimento pelo Judiciário, seja quando da formalização por meio de Portarias, instrumentos de baixa hierarquia normativa, seja por meio de contratos previstos no novo Decreto 7.508/11<sup>491</sup>. O tema remete à questão supracitada relativa à exteriorização da política de saúde<sup>492</sup>.

No que diz respeito à participação popular, verifica-se que ao invocar a solidariedade sob o aspecto ora mencionado, o Judiciário não leva em conta que as políticas de saúde são formuladas e executadas com a participação institucionalizada por meio dos Conselhos e Conferências de Saúde, mesmo que tal participação apresente limites, como será analisado no último capítulo.

---

<sup>490</sup> Tema a ser abordado no capítulo 3.

<sup>491</sup> Aqui cabe a crítica relativa à criação de nova figura de contrato administrativo por meio de decreto: o contrato organizativo de Ação Pública da Saúde.

<sup>492</sup> Nesse sentido: “Hoje, o desafio da atuação estatal, num Estado como o brasileiro, é exatamente o da coordenação para a execução das políticas, pois o que se tem verificado é que há uma profusão de leis e normas de cunho declaratório (ou meramente retórico) que não encontram eficácia, uma vez que seu ‘poder coativo’ se perde no espaço intraestatal entre os momentos da decisão e da execução” (BUCCI, 2006, p. 40).



Assim, visto que o direito à saúde exige, atualmente, além da atuação e participação do Parlamento, “a participação dos cidadãos na elaboração e na implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 16-17), como ficaria a participação na situação de judicialização ora mencionada?

A participação “comunitária”, prevista na Constituição e na Lei 8.142/90, apesar de representar um dos grandes avanços do SUS, enfrenta dificuldades para ser efetivada na prática. O tema levanta várias questões a serem analisadas<sup>493</sup>.

Outra dificuldade, a última a ser abordada, diz respeito aos antecedentes do SUS, traçados no início deste texto. Apesar de todas as inovações do Sistema de Saúde instituído pela Constituição de 1988, ele reflete as escolhas feitas no passado. E

[...] estas opções estabeleceram modalidades de relacionamento entre o setor público da saúde e o setor privado de baixa nitidez, nas quais os limites entre um e outro se tornam difusos e, por vezes, próximos de um convívio promíscuo. (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 312)

Verifica-se que o SUS foi sendo formado à base de instituições que já existiam e que funcionavam não apenas sob a orientação dos interesses mercantis, mas também da medicina previdenciária, da centralização, do autoritarismo, do clientelismo e do afastamento da participação de trabalhadores e usuários na gestão. A sobrevivência da “cultura Inampsiana” faz parte dessa realidade (VASCONCELOS; PACHE, 2008, p. 554).

Além disso, as dicotomias individual x coletivo e preventivo x curativo, que fundamentaram toda a organização da assistência à saúde nos períodos anteriores ao SUS, refletem-se nas fontes de financiamento do sistema, “o SUS coletivo” para “aqueles que não podem pagar” (BAHIA, 2005, p. 410)<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> Tema que será examinado nos tópicos 3.1 e 4.2.

<sup>494</sup> Nesse sentido: “O sistema de saúde brasileiro é visivelmente contraditório. A universalidade do direito à saúde, que dinamiza o debate e imprime novos sentidos às práticas de expansão de coberturas e modelos de atenção, convive, de certo modo, harmoniosamente, com um expressivo mercado

Outra herança das décadas anteriores ao SUS é verificada pela manutenção da lógica e pela organização dos serviços e ações de saúde devido à transferência de atividades assistenciais à iniciativa privada por meio de contratos e convênios.

Além disso, há de ressaltar que a reforma administrativa<sup>495</sup>, e as reformas dos sistemas de saúde que a acompanham, inserem novos elementos a serem considerados no debate em torno da relação público x privada no setor de saúde brasileiro.

Da breve exposição especulativa em torno de alguns desafios que o SUS deve enfrentar para a sua concretização, verifica-se a necessidade de, dentre outras: a) adaptação do direito para lidar com as políticas de saúde e com os novos instrumentos de gestão de tais políticas<sup>496</sup>; b) garantir a participação social; c) acontecer a “reforma nas instituições que constituem a ossatura do sistema de saúde”<sup>497</sup> (VASCONCELOS; PACHE, 2008, p. 554); d) estabelecer novos limites para a relação público x privado no âmbito de um sistema que se pretende universal; e) superar as heranças do sistema de saúde institucionalizado antes da Constituição de 1988; f) criar estruturas para o exercício do direito coletivo à saúde.

De todo o exposto deve-se ter em mente que a compreensão do complexo funcionamento do SUS e das políticas de saúde é essencial para a concretização do direito à saúde e para se pensar novas estruturas para o exercício e proteção da sua dimensão coletiva<sup>498</sup>. Ressalta-se, diante do quadro ora apresentado, que o Sistema Único é o instrumento principal e primeiro para a efetivação do direito de todos à saúde em todos os aspectos: de prevenção, promoção, recuperação e cura. Algo que deve, urgentemente, ser observado pelos diversos operadores do direito.

---

de serviços e empresas de planos de saúde privado, que também incorpora novos processos gerenciais e tecnológicos.” (BAHIA, 2005, p. 407)

<sup>495</sup> Reforma que ocorre no período de transição paradigmática em que vai se formando a pós-modernidade, conforme explicitado no tópico 1.2 da tese.

<sup>496</sup> Tema do trabalho de BUCCI (2006, p. 280).

<sup>497</sup> Reforma que, para os autores acima citados, ainda está incompleta.

<sup>498</sup> Coletiva no sentido mais abrangente possível, englobando o coletivo extrapatrimonial.

### 2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA ÚNICO: FORMULAÇÃO PARTICIPATIVA NOS CONSELHOS DE SAÚDE E DESAFIOS DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

Visto que as políticas elaboradas a partir do no Sistema Único são instrumentos para o exercício do direito de todos à saúde, é preciso compreender: em que consistem; como se relacionam com o direito; qual a inovação provocada por sua estrutura participativa, sua *organização com base em orientações jurídico-políticas modernas* e, ainda, os condicionamentos a elas impostos pela Reforma Administrativa – descrita no tópico 1.2 no contexto da transição paradigmática – que se propagou, também, por meio das Reformas dos Sistemas de Saúde.

No título 1.2, mencionou-se que as políticas públicas começaram a se destacar no cenário jurídico-político pós-moderno e que por meio dessas formas de intervenção do Estado na sociedade foram introduzidas novas figuras administrativas – como planejamento e planos – assim como novos desafios.

No Brasil, os estudos que analisam essas políticas são relativamente recentes. O surgimento dessa área do conhecimento esteve relacionado a críticas às políticas públicas da década de 70 (VIANA; BAPTISTA, 2008 p. 96; 87).

Uma primeira observação a ser elaborada diz respeito à inexistência de definição única ou que seja a melhor para descrever o que é política pública (SOUZA, 2007, p. 68). Diante das diversas significações que o termo assume, a conceituação, de acordo com Bucci (2006, p. 251), só pode ser estipulativa.

Na conceituação que a autora elabora, com referência à obra de Comparato, “as políticas são instrumentos de ação dos governos – [...]”. Isso evidencia que o seu núcleo consiste na função de governar. São elas que vão definir a ação estatal. Realidade que altera o norte de organização do governo: antes orientado pela lei, agora pelas políticas (BUCCI, 2006, p. 252).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 814) especifica que “a política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.

O tema política pública diz respeito, então, ao Estado em ação, ao processo de elaboração da ação governamental para algum setor específico. O que envolve, para isso, atores, arenas decisórias, ideias, negociações e recursos (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 68).

Nos sentidos ora mencionados, e mesmo nas definições minimalistas, verifica-se que se põe em evidência o *locus* onde ocorrem as disputas acerca de interesses, ideias e preferências. Evidencia-se, segundo Souza (2007, p. 69), o espaço dos governos. Com essa aproximação, a autora afirma que a política pública se resume “como um campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Apesar dessa visão sobre políticas públicas, ela não viabiliza delimitação suficiente para analisar as políticas de saúde. Isso porque os estudos sobre elas não dão centralidade ao conteúdo, ou seja, ao objeto da política. Por isso, e considerando o tema da tese, deslocam-se as análises para a chamada política social – área de estudos que é demarcado pelo objeto da política pública (SOUZA, 2007, p. 71).

As políticas sociais, já mencionadas várias vezes no decorrer deste trabalho, são as que se ocupam com o cumprimento do bem-estar e da proteção social. Elas, como a própria locução *políticas públicas*, podem ser definidas de muitas formas. No entanto, parte-se da compreensão segundo a qual elas consistem em “ações permanentes ou temporárias relacionadas ao desenvolvimento, à reprodução e à transformação dos sistemas de proteção social” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 37). Nesse sentido, a política social,

[...] como ação de proteção social, compreende relações, processos, atividades e instrumentos que visam a desenvolver as responsabilidades públicas (estatais ou não) na promoção da seguridade social e do bem-estar. Portanto, a política social apresenta uma dinâmica multifacetada que inclui ações intervencionistas na forma de distribuição de recursos e oportunidades, a promoção de igualdade e dos direitos de cidadania e a afirmação de valores humanos como ideais e a serem tomados como referência para a organização de nossas sociedades. (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 37)

O sistema de proteção social brasileiro foi configurado pela Constituição de 1988 sob o modelo de seguridade social – já explicado no tópico 2.2 – e “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os

direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”<sup>499</sup> (BRASIL, 1988).

Assim, as políticas de saúde, a serem formuladas e executadas no âmbito do SUS, com a devida participação da comunidade, conforme estipula o artigo 198, *caput* e inciso III, configuram-se como políticas sociais. Previsão que coloca em relevo a dimensão objetiva do direito à saúde<sup>500</sup>, já analisada no título 2.1.

Essa contextualização é de extrema importância por localizar as políticas de saúde em meio a uma “política de proteção social de caráter universal e não excludente, [...] que viabiliza sejam as políticas sociais expandidas a todo o território nacional” (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 97).

Ela permite compreender a lógica e os pressupostos de estruturação do sistema de proteção social e, conseqüentemente, das políticas de saúde no Brasil. Não por acaso, Rodrigues e Santos (2009, p. 70) afirmam: “é o SUS, que, pela primeira vez, aponta claramente no sentido de uma política social de caráter universal e pública”.

Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 118-117) afirmam ainda que o Sistema Único de Saúde brasileiro, com as instâncias deliberativas participativas, e de gestores, com as normas operacionais, com as políticas e Agências, “conforma a política sanitária brasileira como uma política de Estado”. Uma política de saúde com a formulação inicial na própria Constituição Federal. Delduque (2010, p. 59) anota que o SUS é o maior exemplo de política pública de Estado e a mais importante para se garantir o direito à saúde.

Os primeiros estudos em torno das políticas de saúde surgiram no âmbito das análises de políticas públicas, com associação direta aos processos de construção dos sistemas de proteção social, principalmente no período pós-45<sup>501</sup> (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 87).

Pode-se encontrar definição de *política de saúde* no glossário publicado pela Organização Mundial da Saúde em 1998:

---

<sup>499</sup> É a disposição do artigo 194 da Constituição Federal.

<sup>500</sup> “A dimensão objetiva do direito à saúde, ademais das considerações acerca da função protetiva do direito e de sua eficácia entre particulares, densifica-se de modo especial e relevante pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 11)

<sup>501</sup> Contexto observado no título 1.2.

Declaração ou diretriz oficial dentro das instituições (especialmente do Governo) que define as prioridades e os parâmetros de atuação como resposta às necessidades de saúde, aos recursos disponíveis e a outras pressões políticas.

A política sanitária costuma ser promulgada mediante legislação ou outras formas de normas que definem a regulamentação e incentivos que fazem possível a prestação dos serviços e programas sanitários e o acesso a estes últimos.

[...]

Como a maior parte das políticas, as políticas sanitárias surgem de um processo sistemático de apoio às ações para a *saúde pública* baseadas na evidência disponível junto com as preferências da comunidade, as realidades políticas e a disponibilidade de recursos. (OMS, 1988, p. 21)<sup>502</sup>

Dessa concepção é possível notar a complexidade girando em torno das políticas de saúde que dependem: da existência de instituições; de processos decisórios que envolvam disputa de poder e de projetos diversos; de informações sobre as condições e determinantes de saúde; da elaboração de leis ou de outros tipos de normas, emitidos principalmente no âmbito do poder executivo; da organização da rede de serviços e ações e sua prestação aos cidadãos; da disponibilidade de recursos; das preferências da comunidade, no caso do Brasil da sua participação efetiva; das desigualdades sociais e econômicas; dentre outros fatores.

Apesar de evidenciar o quão complexa é a política de saúde, tais esclarecimentos não viabilizam análise mais detalhada da mesma. Isso

---

<sup>502</sup> Tradução livre de: “*Declaración o directriz oficial dentro de las instituciones (especialmente del Gobierno) que define las prioridades y los parámetros de actuación como respuesta a las necesidades de salud, a los recursos disponibles y a otras presiones políticas. La política sanitaria suele ser promulgada mediante legislación u otras formas de normas que definen la reglamentación e incentivos que hacen posible la prestación de los servicios y programas sanitarios y el acceso a estos últimos.*

*Como con la mayor parte de las políticas, las políticas sanitarias surgen de un proceso sistemático de apoyo a las acciones para la salud pública basadas en la evidencia disponible junto con las preferencias de la comunidad, las realidades políticas y la disponibilidad de recursos.”* (OMS, 1998, p. 21)

porque oferece panorama geral do fenômeno, englobando em único e amplo conceito diferentes fases e procedimentos.

Por isso, torna-se fundamental valer-se do método desenvolvido no âmbito da análise de políticas públicas, que pode ser denominado de “ciclo da política”. Método que ganhou popularidade e se baseia na desagregação do processo de uma política em fases (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 73). Souza (2007, p. 74) o descreve como a tipologia que “vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado”<sup>503</sup>.

A abordagem que organiza a política em diferentes fases auxilia a compreender não apenas a sofisticação do tema, mas também a particularidade de cada uma das etapas (FRANZESE, 2011, p. 26).

Há consenso acerca da utilidade de tal método. No entanto, existem diferentes abordagens para a temática. O que pode ser verificado diante da observação do número de fases que cada autor indica ou mesmo pelas diferentes denominações a elas direcionadas.

Em obra de 1981, Lindblom (1981, p. 8) já afirmava que um método bem aceito para compreender as complexidades do “processo de decisão política” é o de separar essa decisão em fases.

O Ministério da Saúde, por meio da extinta Secretaria de Políticas de Saúde<sup>504</sup>, recorreu a tal método. Isso é perceptível não apenas por tal secretaria ter se voltado, dentre outras questões, para a fase específica de formulação de políticas de saúde, mas também pela preocupação, apresentada no ano de 1999, de que o curto período de uma administração

---

<sup>503</sup> Souza (2007, p. 72-80), no artigo *Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas*, mapeou alguns dos principais modelos de formulação e análise de Políticas Públicas. Dentre eles encontra-se o “Ciclo da política”. Os modelos mencionados pela autora são: a) tipo da política pública; b) incrementalismo; c) O Ciclo da política pública; d) o Modelo *Garbage Can*; e) Coalizão de Defesa; e) Arenas Sociais; f) modelo do “equilíbrio interrompido”; g) modelos influenciados pelo “gerencialismo público” e pelo ajuste fiscal.

<sup>504</sup> Secretaria criada em 1997 que apresentava Departamento de Formulação de Políticas de Saúde (BRASIL, 1999, p. 5; 13). Essa Secretaria, que ainda era prevista na estrutura Ministerial aprovada pelo Decreto 4.194/2002, foi extinta em 2003, com a aprovação do Decreto 4.726/2003 (BRASIL, 2002a). O material produzido pela Secretaria em 1999 foi utilizado como base para a publicação “Sistema de Planejamento do SUS. Uma construção coletiva. Formulação de políticas específicas de saúde” (BRASIL, 2009a, p. 8).

pública não viabiliza a conclusão do “processo completo – formular, executar, acompanhar e avaliar – situação esta agravada pela descontinuidade, fazendo com que projetos prioritários de uma administração não sejam executadas por sua sucessora” (BRASIL, 1999, p. 6).

Viana e Baptista (2008, p. 74) consideram que o estudo de uma política envolva, atualmente, cinco estágios: a) a entrada na agenda; b) a formulação da política; c) a tomada de decisão; d) a implementação da política; e) a sua avaliação.

Na análise de Franzese (2011, p. 19), são indicadas quatro etapas: a) a formação da agenda; b) a formulação; c) a implementação; d) a avaliação. Na de Souza (2007, p. 74) são cinco: a) definição da agenda; b) identificação de alternativas; c) avaliação das opções; d) seleção das opções; e) implementação e avaliação. E na de Lindblom identificam-se três fases, que são dispostas da seguinte forma:

Estuda-se em primeiro lugar como surgem os problemas de decisão política, e como chegam à agenda das autoridades governamentais; em seguida, como as pessoas formulam os temas da ação governamental, como se processa a subsequente ação legislativa, ou de outra natureza, como os administradores aplicam a política escolhida e, finalmente, no término do processo, como essa política pode ser avaliada. (LINDBLOM, 1981, p. 8-9)

Essa separação da política em ciclo composto de várias etapas consiste em recurso metodológico que facilita o conhecimento de questões pontuais e particulares de cada uma delas, como, por exemplo, as arenas de decisão, os atores e seus papéis, dentre outros elementos.

Mesmo com o reconhecimento da utilidade do método, não se deve olvidar que o processo decisório da política forma um todo bastante complexo. E, por isso, deve-se evitar imaginar o seu desenrolar sob uma forma relativamente ordenada e racional com início, meio e fim, e com conexão lógica entre cada uma das fases (LINDBLOM, 1981, p. 10). Delduque (2010, p. 45) chega a afirmar que “não há que reconhecer uma lógica racional nos processos da política. Sua complexidade lhe confere uma aparente desordem, quando não uma impressão de ingovernabilidade e caos.”

Essas observações tornam-se essenciais no contexto de um trabalho acadêmico que, apesar de ocupar-se com paradigma de complexida-



de, se torna viável e consistente diante da delimitação precisa do tema, dos conceitos e das situações que o acompanham. O que, paradoxalmente, remete ao modelo moderno. Essa situação serve para enfatizar-se, mais uma vez, que o novo paradigma não vem para excluir e sim para somar e que, portanto, utiliza-se o método moderno tentando equilibrá-lo com as exigências pós-modernas. Nesse sentido, recorda-se a citação de Morin (2001, p. 138) referenciada no capítulo 1:

Precisamos, portanto, para promover uma nova transdisciplinaridade, de um paradigma que, de certo, permite distinguir, separar, opor, e, portanto, dividir relativamente esses domínios científicos, mas que possa fazê-los se comunicarem sem operar a redução.

Diante da exposição acima elaborada, a qual explicita as diferentes etapas que envolvem a política pública e, assim, a política de saúde, verifica-se que para analisar as mudanças que a atual estrutura participativa do SUS provoca no exercício do direito de todos à saúde, a delimitação do exame à *participação da “comunidade” nas políticas de saúde* resta, ainda, muito abrangente. Para que a proposta da tese seja apreensível faz-se necessário restringir o estudo a uma das fases do “ciclo da política”.

Para tanto, elege-se a fase de formulação. A escolha deve-se não somente ao fato de ela constar, sob essa denominação, em diversas propostas voltadas para a análise das políticas públicas, mas, também, por ser uma etapa em que a participação da comunidade, prevista constitucional e legalmente na estrutura do Sistema Único de Saúde, ganha relevo.

Antes de analisar as características dessa etapa, uma proposta restrita, se considerado o processo decisório da política de saúde em seu conjunto, é interesse observar os sete aspectos que Fleury e Ouverney (2008, p. 39-40) selecionaram como essenciais na construção e na dinâmica que envolve a gestão da política de saúde:

- 1) a definição de objetivos (finalidades) da política – a política de saúde se constrói buscando atingir objetivos projetados e acordados como garantidores de padrões mínimos contra riscos sociais e a promoção do bem-estar [...];
- 2) a construção e o emprego de estratégias, planos, instrumentos e técnicas capazes tanto de ana-

lisar e monitorar as condições sociais de existência da população quanto de desenhar estratégias, metas e planos detalhados de ação;

3) o desempenho simultâneo de papéis políticos e econômicos diferentes – [...];

4) a construção oficial de arenas, canais e rotinas para orientar os processos decisórios que definem as estratégias e os planos de ação da política;

5) assimilação, contraposição e/ou compatibilização de diferentes projetos sociais provenientes dos mais diversos atores presentes na cena política de um país;

6) o desenvolvimento, a reprodução e a transformação de marcos institucionais que representam o resultado de referenciais valorativos, políticos, organizacionais e econômicos, que permeiam, sustentam a política e a interligam ativamente ao sistema de proteção social;

7) a formação de referenciais éticos e valorativos da vida social – [...].

São pontos que permeiam a formulação da política de saúde. Esta que – além de ser considerada como uma das fases do modelo de análise do “Ciclo da Política” – é identificada, no quadro geral de gestão do SUS, como uma das grandes macrofunções gestoras na saúde<sup>505</sup>. Sob essa perspectiva, conectada à formulação de política encontra-se a formulação do planejamento. E essa macrofunção formulação/planejamento conta, ainda, com algumas subfunções, dentre as quais podem ser citadas “as atividades de diagnóstico da necessidade de saúde, identificação das prioridades e programação de ações” (BRASIL, 2003a, p. 39; NORONHA; LIMA; MACHADO, 2008, p. 445, 446).

A identificação dessa macrofunção na gestão da saúde condiz com a afirmação de Bucci (2006, p. 259) acerca da existência de “um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento”. Para a autora, a correlação deixa claro o conteúdo

---

<sup>505</sup> São identificadas quatro macrofunções gestoras na saúde: “(a) formulação de políticas/planejamento; b) financiamento; (c) coordenação, regulação, controle e avaliação (do sistema/redes e dos prestadores públicos ou privados); (d) prestação direta de serviços de saúde” (BRASIL, 2003a, p. 39).

político do planejamento e sua função técnica voltada à concretização de valores sociais. Essa constatação coloca em xeque as considerações, elaboradas no cume da tecnocracia da década de 70, segundo as quais o planejamento não apresentava tal conteúdo.

Passe-se a explicar em que consiste a etapa de formulação da política<sup>506</sup> para, na sequência, deter-se ao planejamento. Não há pretensão de aprofundar a análise sobre tais temas. Procurar-se-á apresentar os seus traços gerais para que seja possível entender, de um lado, o que significam e, de outro, a importância da participação da comunidade em ambos<sup>507</sup>.

Para o presente trabalho, a fase de formulação da política de saúde envolve, tendo como referência estudos de Viana e Baptista (2008, p. 76), tanto a etapa designada de *formulação da política* quanto aquela de *tomada de decisão*. Nesse sentido, a formulação pode ser compreendida como o processo que ocorre no âmbito do governo, por meio do qual são elaboradas propostas e alternativas para solução dos problemas reconhecidos na fase da *agenda*. Processo que se desenvolve pelo diálogo de intenções e ações, ao final do qual o governo toma a decisão, ou seja, escolhe a melhor ou melhores soluções para determinados problemas. Nesse momento, “se desenham as metas a serem atingidas, os recursos a serem utilizados e o horizonte temporal da intervenção” e se expressam as escolhas políticas.

A formulação da política pública diz respeito, então, à forma “de identificar as pretensões em questão, disciplinando sua influência sobre o sistema e, através da mediação do Estado, chegar à definição do interesse público (ou dos interesses públicos, no plural) a serem efetivados sob a coordenação da Administração Pública” (BUCCI, 2006, p. XLII).

Não é fácil chegar a tal definição. Cohn (2008, p. 244; 223) destaca que essa fase, assim como a de implementação das políticas de saúde, conforma jogos de interesses variados nos quais se confrontam representações acerca: do que se configura como necessidade e demanda

---

<sup>506</sup> De acordo com documento de 1999, da Secretaria de Políticas de Saúde: “O processo de formulação de uma política de saúde pode ser desencadeado a partir de demandas específicas da: alta direção do Ministério da Saúde; área técnica responsável pelo tema objeto da política a ser formulada; própria equipe da Secretaria de Políticas de Saúde da SPS – ao acompanhar os movimentos, quer da situação sanitária em si, que do desenvolvimento das ações do SUS; ou parte de outros segmentos de governo ou da sociedade civil” (BRASIL, 1999, p. 13).

<sup>507</sup> Tema a ser tratado no título 3.2.

de saúde da população; dos diferentes segmentos socioeconômicos; do que se entende por qualidade de vida que se compatibilize com conservação das condições de saúde da população; dentre outras. Dessa forma, as políticas de saúde, como o processo pelo qual o Estado toma decisão, ou seja, escolhe alternativas, acabam por refletir determinadas opções que representam ganhos e perdas para distintos grupos da sociedade. E, sob tal perspectiva, não se pode esquecer que o Estado orienta-se pela finalidade de alcançar o bem comum.

Para Delduque (2010, p. 46), essa é a etapa de “intensa politização do problema”. É nela que há

[...] a seleção de alternativas por parte da alta burocracia do governo, ocasião em que a decisão tomada pela cúpula representativa dos principais atores envolvidos com o problema formaliza-se por meio de uma norma jurídica.

Verifica-se que o processo de formulação da política de saúde, assim como de qualquer outra política, compõe-se por decisões de vários aspectos. Algumas são de rotina e outras não. Elas assumem “um caráter incremental, que envolve barganha, persuasão e a lógica hierárquica do comando e controle”<sup>508</sup> (FRANZESE, 2011, p. 23).

O panorama traçado deixa claro que “o processo decisório governamental é povoado por diversos atores e o produto final será resultado da interação entre eles e não apenas a simples opção pela proposta ‘mais bem fundamentada teoricamente’” (FRANZESE, 2011, p. 23).

Daí a importância da participação da “comunidade” em tal processo<sup>509</sup>, já que é por meio dele que se estipula o conteúdo do *bem comum ou, em outros termos, do interesse público*. Nesse sentido, destaca-se a observação de Appio (2009, p. 150), segundo a qual, na formulação da política pública, “os mecanismos de apreensão das demandas da sociedade na área social e econômica dependerão de um modelo político que amplie a participação popular através de instâncias coletivas de comunicação”<sup>510</sup>.

Do exposto é possível verificar o grande diferencial que a configuração do SUS introduziu para o exercício do direito de todos à saúde.

---

<sup>508</sup> Nesta passagem, a autora menciona a obra de Viana.

<sup>509</sup> Tema a ser analisado no tópico 3.2.

<sup>510</sup> Nesta passagem, o autor faz referência a Cristinelis.

Com a participação da “comunidade” na formulação das políticas e, assim, na definição do conteúdo do interesse coletivo para o setor, o exercício de tal direito saiu do âmbito do voluntarismo estatal e migrou para o seio dos Conselhos de Saúde. O Estado continua com a função final: executar a política. No entanto, as decisões em torno das alternativas não lhe cabem mais no modelo participativo. Elas cabem àquelas arenas colegiadas decisórias: os Conselhos de Saúde.

Disso percebe-se que, para compreender e fazer qualquer proposta relativa à formulação das políticas de saúde, é preciso conhecer as suas arenas e os atores que as ocupam. Sendo que as arenas políticas consistem nos espaços onde se situa o conflito, nos locais onde há interação entre atores governamentais e demais atores envolvidos (SILVA, 2001, p. 122).

Apesar da menção à participação da “comunidade”, as análises do presente tópico enfatizarão as arenas decisórias, enquanto os exames a serem desenvolvidos no tópico 3.2 relacionar-se-ão diretamente aos atores que nelas atuam.

A proposta deste momento relaciona-se especialmente ao quarto aspecto que Fleury e Ouverney (2008, p. 40) selecionaram como essencial na construção e na dinâmica da gestão da política de saúde, já citado precedentemente: “4) a construção oficial de arenas, canais e rotinas para orientar os processos decisórios que definem as estratégias e os planos de ação da política”.

Do exposto até o momento sobre políticas – públicas, sociais, de saúde – percebe-se que a(s) arena(s) onde sucedem os processos decisórios relativos à fase de formulação não dizem respeito àquela “esfera ou espaço público” de que tanto se fala em tempos pós-modernos, sob a influência da obra de autores como Jürgen Habermas, Boaventura de Sousa Santos, Liszt Vieira, dentre outros<sup>511</sup>. Ela(s) consiste(m) em espaços institucionalizados que, no âmbito da saúde, compõem a estrutura organizacional do SUS<sup>512</sup>.

---

<sup>511</sup> Vide discussão do assunto no tópico 3.1.

<sup>512</sup> Apesar de esse ser o espaço central e o qual foi selecionado para ser estudado no presente trabalho, “o processo político que envolve a política de saúde não se prende aos limites do sistema de saúde, e, portanto, não deve ficar restrito a uma visão da política como processo institucional – em geral identificado como governamental – no qual tem lugar a tomada de decisões racionais, baseadas em um forte conteúdo técnico. Desse modo, deixa-se de lado o processo político mais geral, que passa a ser visto como externo à instituição, ou, no máximo, considera-se que os grupos de pres-

Apesar de se colocar em evidência esse espaço institucionalizado, recorda-se a dificuldade de

[...] identificar com clareza os distintos processos políticos que conduzem às decisões e às formulações de políticas. Esses processos podem ocorrer nos espaços oficialmente designados pelo sistema político, mas também podem ocorrer em fóruns extra-oficiais, nos quais atores influentes utilizam seu poder para influir nas decisões políticas. (SILVA, 2001, p. 122)

Feita a ressalva, segue-se o estudo pelas trilhas do espaço institucionalizado. Na descrição do SUS, realizada no tópico anterior, esclareceu-se que este consiste em arranjo composto por instituições das três esferas federativas autônomas de governo, as quais devem se articular e coordenar as políticas de saúde para a organização de rede de ações e serviços sob o desenho de sistema único<sup>513</sup> de caráter universal, equânime e descentralizado, que garanta o atendimento integral com base na hierarquização, regionalização e participação da comunidade. Recorda-se que as instituições privadas contratadas ou conveniadas para atuação complementar do SUS integram esse sistema.

Dentre as várias instituições<sup>514</sup> que compõem o Sistema Único de Saúde, apenas algumas consistem em arenas do processo decisório das políticas de saúde. Nesse contexto, além dos gestores de cada esfera de governo, têm destaque, de um lado, as instâncias colegiadas de participação “comunitária”, que consistem nas conferências e conselhos de saúde e, de outro, os colegiados de gestores, designados de comissões intergestores, as quais compreendem o âmbito estadual, regional e nacional<sup>515</sup>.

---

são da sociedade geram insumos para a tomada de decisões” (FLEURY; OUVÉRY, 2008, p. 53-54).

<sup>513</sup> A questão da definição das competências no âmbito do SUS já foi abordada no tópico anterior. No entanto, cabe observação sobre o assunto que se refere exatamente à política de saúde: “A definição das atribuições de cada esfera de governo, no entanto, não está imune aos conflitos federativos. Assim, como vencer a contradição em adotar uma política nacional de saúde, com a criação de padrões sanitários nacionais e ao mesmo tempo respeitar a autonomia e a interdependência das esferas subnacionais de governo, próprias a um Estado Federado?” (PARADA, 2002, p. 33).

<sup>514</sup> Conceito de Fernando Aith já explicado no tópico anterior.

<sup>515</sup> Instituições já apresentadas no tópico anterior.

Fleury e Ouverney (2008, p. 52) apresentam quadro com a “estrutura simplificada de suporte ao processo decisório da política de saúde”, no qual constam as instâncias colegiadas de decisão do SUS. Eles apontam como arenas de negociação e pactuação intergovernamental: os consórcios públicos, as Comissões Intergestores Bipartites e a Comissão Intergestores Tripartite. Apesar de não constarem no quadro dos autores ora mencionados, incluem-se aqui as Comissões Intergestores Regionais<sup>516</sup>. Como arenas de formação da vontade política citam: as Conferências Municipais de Saúde, as Estaduais e as Nacionais. Como arenas de participação e controle social: os Conselhos Municipais de Saúde, os Estaduais e o Nacional.

Apesar da importância das relações intergovernamentais para a *implementação* das políticas de saúde e, assim, para a organização da rede interfederativa que forma o SUS, no presente trabalho as análises voltar-se-ão para o processo decisório no âmbito municipal<sup>517</sup> e, mais

---

<sup>516</sup> Comissões incluídas na estrutura do SUS por meio do Decreto 7.508/11, conforme citado no tópico anterior. Apesar de ter criado esses novos espaços decisórios, o decreto não fez referência à relação com as instâncias participativas já existentes e nem previu a criação de uma nova para o âmbito regional. Nesse sentido, **Delduque critica** o Decreto. Afirma que por meio dele a participação nas políticas de saúde é tomada e passada para o Conass e às Comissões Intergestores.

<sup>517</sup> Espera-se que as reflexões e propostas no presente trabalho possam ser, em outro momento, analisadas no contexto das demais esferas federativas que apresentam mais arenas decisórias e que, como no caso das políticas estaduais de saúde, apresentam, por vezes, relações conflituosas entre Conselho de Saúde e Comissão Intergestores. Como pode ser analisado, por exemplo, no trabalho de Guimarães (2003, p. 130) sobre o processo decisório na Bahia, no qual a autora considera que: “Os resultados confirmam que a descentralização, por estar relacionada com a divisão territorial do poder, é sempre conflituosa, complexa e de difícil operacionalização, mesmo que sua inclusão na agenda do governo seja resultado de coalizões políticas fortes. Além disso, a descentralização de políticas públicas como a da saúde, em sistemas federativos com as características do brasileiro, com uma forte heterogeneidade e desigualdade intra e inter-regionais, não promove cooperação ou construção de relações de confiança entre unidades de governo e as transferências previstas acirram ainda mais os conflitos entre estas unidades e entre diferentes grupos da sociedade, contrariando a visão normativa sobre a descentralização, que a trata como sendo um processo essencialmente virtuoso, ou uma visão que restringe a descentralização a uma dimensão meramente administrativa.”

Ao tratar do Estado do Rio de Janeiro, Roberto Parada (2002, p. 66) faz observação que também indica a existência de conflito: “Os conselhos têm

especificamente, para a fase de *formulação* dessa política setorial que ocorre no Conselho Municipal de Saúde. Apesar da importância das Conferências Municipais no processo, elas não serão o foco do trabalho.

A delimitação ao município facilita a pesquisa pelo fato de a formulação da política municipal de saúde não ser submetida à pactuação na CIB, apesar de ter que respeitar o que foi estabelecido nas pactuações interfederativas dos âmbitos intermunicipal, regional, estadual e nacional. Com base nisso, procura-se isentar-se da análise das relações entre as arenas selecionadas – Conselhos – e aquelas formadas por gestores, principalmente as CIBs e as CIRs.

Mesmo se o processo decisório fosse analisado no contexto estadual ou regional, as Comissões Intergestores se enquadrariam na fase de *implementação da política* de saúde, de acordo com a descrição do “ciclo da política”.

Com base nas explicações tecidas sobre essas arenas no tópico anterior, percebe-se que sua atuação está voltada para as questões operacionais do SUS, para sua implementação. Isso porque:

Um sistema que implemente a política de saúde e que envolve, para isso, os três entes federativos e a sociedade, apenas poderia acontecer sob um acerto institucional renovado de forma continuada, o que se torna quase inviável considerando a diversidade e interesses em jogo. (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 319)

Delimitar a formulação de políticas de saúde aos municípios<sup>518</sup> pode parecer estranho para aqueles que têm conhecimento de que muitos

---

sua composição marcada pela participação da sociedade civil. Os interesses e o entendimento das necessidades de saúde nem sempre são iguais ao da CIB, reflexo do descompasso técnico/acadêmico/científico do SUS pelos seus técnicos e políticos militantes na saúde e o da sociedade civil, dos parlamentares e da mídia, como já relatado.”

<sup>518</sup> É importante ressaltar que “a convivência entre os sistemas municipais, estaduais e federal sob direção única com controle social, Conselhos de Saúde e respectivas Comissões Bipartites apresentarão características próprias de cada instância governamental. Os arranjos institucionais e os acordos políticos para o efetivo funcionamento do sistema ficarão condicionados aos reflexos dos processos de transformações políticas, econômicas e da presença, ou ausência, do papel do Estado como indutor dessas transformações, que serão particulares de cada estado e/ou município” (PARADA, 2002, p. 31).



municípios brasileiros nem chegam a criar as próprias políticas. Que acabam executando as políticas nacionais materializadas, em grande parte, por meio de Portarias Ministeriais<sup>519</sup> ou leis nacionais.

Mesmo reconhecendo a realidade e a complexidade que envolve a própria *implementação* de política nacional no município, mantêm-se as delimitações para que seja possível fazer a análise da participação da “comunidade” na formulação da política de saúde. Nesse cenário, enfatiza-se o caráter preliminar do estudo pelo fato de visualizá-lo como o início da discussão a ser propagada para as demais esferas de poder e considerando, no momento propício e em cada âmbito, a sofisticação dos arranjos e pactuações que devem contar, também, com a deliberação da comunidade.

Frente às delimitações – à fase de formulação da política de saúde e ao âmbito municipal<sup>520</sup> – e observações elaboradas é imprescindível recordar a consideração feita anteriormente com base no enunciado de Lindblom de que essas restrições são apenas recurso metodológico. De que, na prática, não é possível fazer compartimentalizações específicas nem das fases de processo decisório da política de saúde nem das competências entre os entes federativos, já que se trata de cenário que contempla várias arenas e atores, acordos, pactuações e transferências de valores.

A inter-relação entre as etapas do “ciclo da política” fica muito clara quando estão em questão as fases de *formulação* e de *implementação*<sup>521</sup>. Appio (2009, p. 167) afirma que, apesar de ser possível, “do

---

<sup>519</sup> Conforme se pode constatar em conversas com servidores da Secretaria Municipal de Saúde de Florianópolis e com um conselheiro do Conselho Municipal de Saúde.

<sup>520</sup> Importante considerar que: “Existe mútua interferência entre o ‘central’ ou ‘global’ e o ‘local’. Não é possível analisar as políticas locais sem considerar os determinantes sociais, econômicos, políticos e culturais mais amplos. Por sua vez, também é preciso reconhecer que os grupos locais, mediante o exercício do poder local, podem influenciar no encaminhamento das políticas de saúde” (SILVA, 2001, p. 93).

<sup>521</sup> Apesar de este trabalho dedicar-se à fase de formulação da política de saúde, é importante destacar que: “As complexidades do jogo do poder no processo de decisão política – [...] ressurgem multiplicadas na implementação ou execução das políticas. Esta é normalmente uma função do ramo administrativo (burocracia) do governo” (LINDBLOM, 1981, p. 59). Segundo Silvia Gerschman (2006, p. 130): “Distingue-se entre o que se poderia considerar uma fase propriamente decisória das políticas de uma outra de implementação, chamando a atenção para a distância entre a decisão e a

ponto de vista metodológico”, distinguir entre o estágio de formulação e o de execução de políticas públicas, não há “separação estanque” entre ambas.

Tecidas as breves apreciações sobre o processo de formulação da política de saúde e suas arenas, resta, ainda, fazer algumas ponderações acerca dos instrumentos pelos quais as políticas de saúde tornam-se algo “concreto” e, assim, apreensível pelo sistema jurídico.

O debate passa, necessariamente, pelo reconhecimento da relação já mencionada entre formulação e planejamento da política de saúde. Dueto que forma, na perspectiva do SUS, uma de suas grandes macro-funções gestoras.

O planejamento já constava na Lei 8.080/90, com destaque para o artigo 36, § 1º, que, ao tratar do tema e do orçamento, referiu-se aos planos de saúde como a base das atividades e programações de cada esfera de direção do SUS (BRASIL, 1990).

A Portaria GM/MS 3.085/2006 regulamentou o sistema de Planejamento do SUS (BRASIL, 2007a, p. 65). Por meio desse instrumento normativo, elaborado com base no Pacto pela Saúde de 2006 e para dar expressão concreta ao Sistema, foram previstos três instrumentos básicos do processo de planejamento nas três esferas de gestão: o plano de Saúde e a respectiva programação anual em saúde e o relatório de gestão (BRASIL, 2006a).

O recente Decreto 7.508/2011, que regulamentou a Lei 8.080/90, também dispôs sobre o planejamento da saúde. No artigo 15 consta que “o processo de planejamento da saúde será integrado, do nível local até o federal, ouvidos os respectivos Conselhos de Saúde, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros”. No § 2º do dispositivo mencionado verifica-se a relação planejamento – plano de saúde: “a compatibilização de que trata o *caput* será efetuada no âmbito dos planos de saúde, os quais serão resultado do planejamento integrado dos entes federativos, e deverão conter metas de saúde” (BRASIL, 2011).

Diante das prescrições dessas diferentes normas percebe-se mais esta relação fundamental no contexto das políticas de saúde: planeja-

---

aplicação. É aí precisamente que se fazem sentir os pesos dos diversos interesses e forças sociais que estão em jogo. Há medidas que são aprovadas e sua execução é bloqueada, ou pela burocracia ou através do poder de veto do grupo afetado pela medida.”

mento-plano. Sob os aspectos ora abordados o Plano de Saúde pode ser visto como a tradução do

[...] planejamento do projeto técnico-político de um governo, com vistas à operacionalização das ações e serviços setoriais e intersetoriais de saúde, com o objetivo de promover saúde e solucionar os problemas de saúde da população de uma determinada esfera de governo (área de abrangência) e das áreas de influência do sistema de saúde (outras localidades das quais a população busca os serviços). (BRASIL, 2003, p. 92)

Os planos de saúde já constavam no artigo 4º, III, da Lei 8.142/90 como requisito para que os municípios, estados e o Distrito Federal pudessem receber recursos (BRASIL, 1990a). Questão que foi reforçada na Lei Complementar 141/12<sup>522</sup>.

No âmbito municipal, o planejamento de saúde deve prever ação contínua, integrada e solidária entre os demais entes das três esferas de gestão<sup>523</sup>, e ser, sempre, processo participativo que tenha como base as unidades de saúde e a leitura das necessidades de cada território (BRASIL, 2009, p. 45).

De acordo com o artigo 18, I, da Lei 8.080/90, compete à direção municipal do SUS “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e

---

<sup>522</sup> No artigo 22, parágrafo único, consta que “a vedação prevista no caput não impede a União e os Estados de condicionar a entrega de recursos: I – à instituição e funcionamento do Fundo e dos Conselhos de Saúde no âmbito do ente da Federação; II – à elaboração do Plano de Saúde” (BRASIL, 2012).

<sup>523</sup> No livro do Conasems observa-se, ainda, que: “O planejamento municipal deve guardar coerência com as pactuações e planejamento realizados pelo Colegiado de Gestão Regionais (CGR) bem como com as responsabilidades e compromissos assumidos no Termo de Compromisso de Gestão Municipal; seus instrumentos devem ser aprovados pelo Conselho Municipal de Saúde”. No entanto, deve-se ressaltar que, com o Decreto 7.508/11, no lugar do CRG e dos termos de compromisso, instrumentos previstos no Pacto pela Saúde de 2006, fala-se em Comissão Intergestores Regional (CIR) e Contrato organizativo da Ação Pública de Saúde. De acordo com o artigo 34, parágrafo único, do referido Decreto: “O Contrato Organizativo de Ação Pública resultará da integração dos planos de saúde dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, tendo como fundamento as pactuações estabelecidas pela CIT” (BRASIL, 2011c).

serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”. Além disso, no mesmo artigo, no inciso II, consta que o município é o responsável pelo planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, de forma articulada com a direção estadual. Por meio dessas atividades devem ser organizados os fluxos de encaminhamento, ou seja, o sistema de referência e contrarreferência citado no tópico anterior (BRASIL, 1990; BRASIL, 2003, p. 92-93).

Tais previsões normativas confirmam a importância do planejamento e demonstram a preocupação em superar o quadro da realidade relatada por Vasconcelos e Pasche em publicação de 2008. Esses autores colocaram o planejamento em evidência ao mencioná-lo como ferramenta fundamental para auxiliar na condução racional de um sistema tão complexo quanto o SUS. No entanto, reconheceram que o seu emprego “tem sido muito limitado no SUS, muitas vezes se restringindo à formulação de planos, programas e projetos para atender às exigências normativas e de financiamento” (VASCONCELOS; PACHE, 2008, p. 537).

Nesse sentido segue mais uma anotação que, embora publicada no ano de 2003, deve ser levada em conta:

[...] muitas vezes, todo esse processo é inexistente e são feitas planilhas e mais planilhas, a partir dos gabinetes dos órgãos de gestão centrais, sem contato com as mais diversas realidades para as quais se está planejando, assim como sem a participação dos atores mais interessados na solução dos problemas. Na execução vêm os cortes e mais cortes de recursos, de procedimentos, de ações, de investimentos, de remanejamentos [...]. (BRASIL, 2003, p. 94)

Diante das rápidas descrições acima efetuadas verifica-se que os planos de saúde são instrumentos do planejamento da política do setor. No entanto, deve-se ressaltar, também, outro lado da relação que se estabelece entre os campos plano-política: os planos são tomados como uma *forma de materialização da política de saúde*, ou seja, o “Plano de Saúde deverá ser a expressão das políticas e do compromisso de saúde numa determinada esfera de gestão” (ROCHA, 2011, p. 272). Eles deverão estar em conformidade com as políticas de saúde a serem formuladas no contexto acima traçado<sup>524</sup>.

---

<sup>524</sup> “A apreciação das informações contidas nos Planos de Saúde visam, então, identificar a *coerência* e a *compatibilidade* das propostas contidas nele,

Em material publicado em 1999 pela extinta Secretaria de Políticas de Saúde, os planos são considerados, ao lado dos programas, projetos e atividades, instrumentos pelos quais se decodificam as políticas (BRASIL, 1999, p. 7).

No artigo 15<sup>525</sup>, XVIII, da Lei 8.080/90 consta como atribuição comum dos entes federativos, no âmbito administrativo, “promover a articulação da política e dos planos de saúde” (BRASIL, 1990).

A relação da política com o plano pode ser constatada, também, da leitura do artigo 32, I, do Decreto 7.508/11 e do artigo 14-A, parágrafo único, I, da Lei 8.080/90<sup>526</sup>. Em ambas as prescrições, referentes a Comissões Intergestores, menciona-se que nos planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos, estará consubstanciada a definição da política de saúde de cada ente federativo (BRASIL, 2011c; BRASIL, 1990).

Bucci (2006, p. 258-259) reconhece que “há certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, ainda que a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano”. A autora esclarece que, apesar de as políticas não se confundirem com os planos, frequentemente elas se exteriorizam por meio deles.

Tal afirmativa é fundamental, pois leva aos seguintes questionamentos: de que forma se materializam/exteriorizam as políticas de saúde

---

com as *necessidades localizadas* na análise da situação *demográfica* (população, idade, sexo, raça, distribuição, ocupação, taxa de crescimento etc.) e *epidemiológica* (mortalidade, morbidade, tendências); com os *compromissos* assumidos pelo gestor com os gestores da *área de influência* do sistema de saúde; com as deliberações das *Conferências* e as orientações, recomendações e deliberações do *Conselho de Saúde*; se estabelece mecanismo de *integração* com outras políticas governamentais (saneamento, meio ambiente, entre outras); se existe capacidade operacional no sistema (estrutura gestora, política de pessoal, rede de serviços, proposta de investimento) e se os recursos financeiros destinados ao respectivo Fundo de Saúde são compatíveis com as propostas de ação.” (BRASIL, 2003, p. 94-95).

<sup>525</sup> No mesmo artigo, os incisos VIII e X também se referem ao plano de saúde. O artigo 36, § 2º, também trata do mesmo tema assim como o artigo 37, no qual consta que: “O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.” (BRASIL, 1990).

<sup>526</sup> Artigo incluído por meio da Lei 12.466/12.

de? Mais especificamente, de que maneira se exterioriza a decisão final do processo de formulação da política de saúde que definiu o conteúdo do “interesse público” de determinada área da saúde? Verificou-se que os planos devem estar de acordo com tais políticas, que elas devem estar consubstanciadas neles. No entanto, onde elas estão dispostas, materializadas, formalizadas? O processo de formulação encaminha para uma decisão. Qual o ato administrativo por meio do qual se manifesta essa decisão? Qual a forma, ou melhor, a formalização<sup>527</sup> dessa política?

O processo pelo qual se formula uma política de saúde, com a devida participação da comunidade, não se identifica com o processo de elaboração do plano de saúde. Dessa forma, deve haver instrumento próprio em que cada política específica da área da saúde se materialize. É ele que permitirá à população, aos Conselhos, ao Ministério Público ou a qualquer outro interessado confirmar se o conteúdo das políticas de saúde consubstanciado nos planos corresponde ao que foi deliberado nas arenas competentes na fase de formulação.

O Ministério da Saúde elaborou documento sobre a formulação da política do setor<sup>528</sup>. Após explicar a política como “decisões de caráter geral, destinadas a tornar públicas as intenções de atuação do governo e a orientar o planejamento, no tocante a um determinado tema, em seu desdobramento em programas e projetos”<sup>529</sup>, apresentou a preocupação acerca da “explicitação formal dessas decisões”. Cuidado justificado

---

<sup>527</sup> Mello (2010, p. 411) chama a atenção para a diferença: “Formalização é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio, desta exteriorização”.

<sup>528</sup> Apesar de não ser foco da presente tese, ressalta-se a preocupação levantada por Delduque (2010, p. 49) acerca do desafio “da articulação das políticas setoriais”. A autora afirma que “no âmbito setorial da saúde, especialmente em vista do entendimento de que são múltiplos os fatores e diversos os determinantes que constituem o mais alto nível de indicadores de saúde de uma população, é imprescindível a formulação de políticas públicas multisetoriais que contribuam para o atingimento do completo bem-estar físico, mental e social da população” (DELDUQUE, 2010, p. 51).

<sup>529</sup> O conteúdo dos programas, projetos e atividades correspondem à fase de implementação/execução do “Ciclo da Política”. Nesse sentido, nos conteúdos “são definidas as estratégias de implementação das políticas. Nessa etapa de detalhamento, os executivos governamentais decidem à luz das limitações e da disponibilidade, quer de tempo, quer de recursos humanos e financeiros, a oportunidade de efetivação das mudanças preconizadas” (BRASIL, 1999, p. 8).

pela intenção de permitir que a população em geral e os formadores de opinião tenham acesso à discussão, implementação e avaliação das políticas (BRASIL, 1999, p. 7).

Considera-se que apenas diante da “explicitação formal” faz sentido falar em conteúdos básicos que uma política deve apresentar para cumprir sua finalidade. Tanto é assim que, ao tratar do tema, a extinta Secretaria de Políticas de Saúde refere-se ao documento no qual devem constar cinco conteúdos básicos: a) introdução; b) propósito; c) diretrizes; d) responsabilidades institucionais; e) os parâmetros para sua avaliação. O texto da Secretaria discorre, ainda, que “no documento da política” deve conter um *glossário* no qual estejam definidos os termos técnicos a serem transformados em linguagem que permita à população entender os compromissos estabelecidos, o que contribui para a participação social (BRASIL, 1999, p. 8; 11).

Os debates em torno dessas problemáticas envolvem aspectos e dificuldades já levantados por Bucci (2006, p. 256) no livro *Direito administrativo e políticas públicas*. Nessa obra, a autora coloca o problema de identificar qual a forma exterior, e reconhecível pelo sistema jurídico, que uma política pública assume. Ao reconhecer que política pública, como atividade resultante de conjunto de atos e de normas, não se confunde nem com o ato nem com a norma, a autora questiona sobre o que deveria ser submetido ao confronto judicial: o ato, a norma ou a atividade? Para ela,

Vê-se, portanto, neste ponto, que a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo. (BUCCI, 2006, p. 257, grifo nosso)

Essa realidade representa grandes novidades para os ditames modernos da interpretação normativa de acordo com a supremacia da lei e da divisão dos poderes. Apresenta-se, assim, como grande desafio para o âmbito jurídico.

As dificuldades a serem enfrentadas nessa área decorrem, de acordo com Bucci (2006, p. 262), do fato de o modelo das políticas públicas não ter sido contemplado pelas estruturas jurídicas tradicionais. Não se integrando, portanto, ao ordenamento jurídico.

O modelo jurídico-político estruturado na modernidade não dá conta das transformações advindas com as políticas públicas. Nele, os instrumentos necessários para operar o direito consistem, principalmente, na Constituição e nas leis, com forte recurso à análise da hierarquia normativa.

Mas, como bem coloca Delduque (2010, p. 57), “a lei deixou de ter função de criar direitos e impor obrigações e ser a expressão máxima da soberania popular. Passou a ter função instrumental dos governos e políticas governamentais”.

Bucci (2006, p. 258) destaca que ao criar-se determinado programa surgem os titulares de direitos específicos àquelas medidas que nele constam. Direitos e titulares específicos “onde antes havia apenas titulares de direitos em abstrato [...] Como lidar com esse ‘novo direito’, que pode estar colocado diante de novas complexidades, compreendidas na estrutura e funcionamento do programa?”.

O caso da saúde é emblemático. Como direito originário<sup>530</sup>, a definição do seu conteúdo (o direito derivado) assim como as responsabilidades e competências de cada esfera de governo não estão, na maioria dos casos, previstos nem na Carta constitucional nem em leis. Frequentemente são estipuladas por meio de políticas<sup>531</sup> elaboradas com participação “comunitária”, que dependem das pactuações intergestores para serem operacionalizadas e de acordo com as quais se disponibilizam a todos as prestações derivadas de saúde.

Ao dedicar-se ao exame da comunicação entre código do sistema político e aquele do sistema jurídico, Delduque (2010, p. 54) afirma que as políticas devem consubstanciar-se em forma que seja inteligível para o direito. Nesse contexto, com base no trabalho de Bucci, a autora menciona que as políticas públicas têm suporte legal, já que se formalizam em dispositivos constitucionais, decretos, portarias, contratos de concessão de serviços e outros.

---

<sup>530</sup> Conforme explicado no tópico 2.1.

<sup>531</sup> Sobre a definição do conteúdo desse direito teceram-se algumas observações no tópico 2.1. E, no que diz respeito às competências, *vide* o tópico 2.2, principalmente as considerações acerca das pactuações intergestores.



Em verdade, trata-se de cenário no qual se deve observar a forma de exteriorização das políticas, dos contratos e também dos pactos ora mencionados. O Decreto 7.508/11 apresentou nova figura para as pactuações, criou o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde. No entanto, apesar da novidade, persistem alguns problemas. Um deles relaciona-se, por exemplo, ao reconhecimento dessa nova figura no universo jurídico – algo comum para as demais formas citadas –, principalmente pelo Judiciário. O que remete à questão da eficácia externa.

A questão das políticas públicas apresenta peculiaridades em cada setor. No setor saúde, no âmbito nacional, é possível identificar a “forma” pela qual suas políticas se exteriorizam. Em grande parte elas são formalizadas por meio de leis ou de instrumentos normativos de baixa hierarquia: as Portarias Ministeriais<sup>532</sup>.

Nesse caso, apesar de superado o problema de conhecer a forma pela qual a política se exterioriza, outra questão se coloca. Ela diz respeito à inclusão das Portarias Ministeriais no sistema jurídico, à sua eficácia, à sua validade formal e legitimidade frente a princípios de supremacia constitucional e legalidade<sup>533</sup>. (AGUSTINI, 2009, p. 104). Isso porque uma Portaria não apresenta eficácia externa. Ela consiste em:

Fórmula pela qual autoridades de *nível inferior* ao chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigirem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades

---

<sup>532</sup> Para exemplificar, no livro do CONASS sobre alta e média complexidade consta que: “Quase todas as políticas envolvem a publicação de instrumentos normativos (portarias) pelo gestor federal, que integraram diversas normas esparsas anteriormente existentes, buscando criar uniformidade nas áreas abordadas, a fim de facilitar o entendimento” (BRASIL, 2007, p. 61). Das políticas instituídas por portarias ministeriais, por exemplo, tem-se: a política nacional de medicamentos (Portaria 3.916/98), a política nacional de atenção à saúde auditiva (Portaria 2.073/04), a política nacional de atenção básica (Portaria 648/06), a política nacional de promoção de saúde (Portaria 687/GM/06). No entanto, ressalta-se que no setor há, também, políticas nacionais instituídas por meio de lei, como, por exemplo, a política nacional de saúde mental pela Lei 10.216/01 e demais leis sobre a área, a política de atenção à saúde indígena, Lei 9.836/99 e etc. (ANDRADE; BARRETO, 2007).

<sup>533</sup> Ao abordar o assunto, o autor refere-se às portarias relativas aos medicamentos excepcionais.

que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê, trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo. (MELLO, 2010, p. 440)

Se esse é o cenário na esfera nacional do SUS, o que se dirá dos âmbitos estadual e municipal? Nessas esferas colocam-se duas questões: a primeira relativa à identificação da “forma” pela qual têm sido exteriorizadas as decisões finais do processo de formulação da política de saúde; e a segunda, à inserção de tais “formas” no sistema jurídico.

Aith (2007, p. 139) destaca que “as políticas públicas de saúde, uma vez tratadas na forma normativa, orientam e vinculam tanto as ações e serviços públicos de saúde como as ações e serviços privados de saúde”.

No entanto, apesar de vincularem as ações conectadas ao SUS e à iniciativa privada, em virtude de preceitos constitucionais, “estas normas infralegais<sup>534</sup> não fazem parte, de modo geral, das ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário brasileiro para decidir sobre os limites constitucionais, nos casos concretos”<sup>535</sup> (AGUSTINI, 2009, p. 117).

Ao analisar a *relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica*, Marques (2005, p. 119) chama atenção para o fato de que decisões judiciais proferidas sem reconhecimento das políticas públicas – editadas pelo sistema político – “atropelam” a elaboração da política específica e, assim, acabam passando por cima da função típica de “tomada de decisões coletivas” e

---

<sup>534</sup> No caso, o autor refere-se, também, às portarias relativas aos medicamentos excepcionais.

<sup>535</sup> Um ponto a ter-se em mente é que as políticas de saúde acabam por definir direitos, o que fazem, em grande parte das vezes, por meio de portarias ministeriais, estaduais e até mesmo municipais. Considerando-se a estrutura hierárquica jurídica, essas normativas costumam ser completamente desconhecidas por aqueles que não atuam no SUS. É o caso dos aplicadores do direito.

O autor supracitado destaca que a doutrina e jurisprudência, ao invés de recorrerem às normativas ora mencionadas como parâmetros para estabelecer o direito à saúde, utilizam critérios como o “mínimo existencial, o princípio da reserva do possível e propostas de edição de uma lei formal para servir como medida do direito constitucional à saúde” (AGUSTINI, 2009, p. 117).

determinando comportamento estatal voltado à proteção de interesse coletivo. Por isso, ela afirma ser

[...] necessário que o sistema jurídico reconheça internamente os elementos políticos que envolvem a garantia efetiva dos direitos sociais, que se encontram (ou devem ser encontrados) em políticas públicas, formalizadas juridicamente através de leis e atos administrativos, nas suas mais variadas formas. As políticas públicas sintetizam, através de uma forma jurídica, a tomada de decisões coletivas pelo sistema político, tendentes a garantir efetivamente esses direitos. (MARQUES, 2005, p. 147)

Esses problemas devem ser enfrentados diretamente pelo direito sanitário, que organiza o SUS e as políticas de saúde nos termos dos dispositivos constitucionais (AITH, 2007, p. 133) e das normas infralegais (AGUSTINI, 2009, p. 247).

Se o direito sanitário é, conforme descrito no tópico 2.1, ramo do direito que se propagou principalmente por meio de normas infralegais como, por exemplo, as Portarias Ministeriais que introduziram as Normas Operacionais (NOBs), as questões acima relacionadas demonstram algumas barreiras para a sua efetiva aplicação. E aí se torna urgente pensar uma solução. O direito sanitário exige novos instrumentos mas, principalmente, nova racionalidade, nova lógica.

No tópico 1.2, foi possível perceber que uma das características do neoconstitucionalismo é a oposição ao positivismo moderno. Não por acaso, o constitucionalismo do pós-45 representou significativas mudanças nos aspectos normativos dos direitos fundamentais. Uma delas foi o reconhecimento de que as normas que dispõem sobre tais direitos materializam-se tanto como regras quanto como princípios.

Mesmo diante dos avanços, da normatividade dos direitos sociais e da ênfase na atuação do Judiciário, considera-se que esse modelo, que se difundiu principalmente na década de 80, não trouxe elementos para auxiliar no tratamento das políticas sociais. A atuação do Judiciário, por meio de nova hermenêutica e de novos instrumentos interpretativos para lidar com os direitos fundamentais, e aí com o direito à saúde, provocou, ao contrário, o que vem sendo chamado de judicialização da política de saúde.

Assim, apesar da oposição ao positivismo, o novo constitucionalismo inovou com a reaproximação da ética e dos valores morais, mas não conseguiu mudar a cultura legalista frente a questões políticas. Nesse sentido, Marques (2005, p. 142) considera que as decisões do Judiciário sobre direitos sociais “ainda vinculam-se ao paradigma positivista, que aparta das considerações do sistema jurídico quaisquer elementos que não os elementos estritamente normativos, decorrentes do arcabouço legal e da interpretação das normas postas”.

Alguns esforços têm sido empreendidos no sentido de aproximar os operadores jurídicos das políticas de saúde, das peculiaridades que envolvem as políticas no âmbito do SUS. Um desses esforços consiste na publicação do Ministério da Saúde: “Manual de atuação jurídica em Saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde”. Na obra, no volume II, os planos de saúde, o plano plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e os planos de aplicação são elencados como alguns<sup>536</sup> instrumentos de gestão que ajudam a compreender melhor questões que envolvem a área (BRASIL, 2003, p. 89).

Nesse sentido a afirmação de que,

Para os órgãos de controle da administração pública e, neste caso, para os setores responsáveis pelo controle das ações do Estado sobre a política de saúde, como o Ministério Público, o Poder Legislativo e os Conselhos de Saúde, existem alguns *instrumentos de gestão* que devem ser acessados e analisados com o objetivo de se entender os problemas existentes, tanto na prestação dos serviços públicos de saúde, como na gestão do sistema, [...]. (BRASIL, 2003, p. 89)

O direito sanitário, como se verificou, foi se formando num quadro de intensa produção normativa infralegal. Fato que provocou o “des-

---

<sup>536</sup> São citados, ainda, instrumentos que comprovam a efetiva execução orçamentária e aplicação financeira de recursos e outros instrumentos de gestão que devem ser observados como: a) estrutura gestora única da política de saúde de cada esfera de governo; b) fundo de saúde; c) plano de saúde; d) política de administração e desenvolvimento pessoal; e) sistema de informação em saúde; f) relatório de gestão; g) instrumentos de regulação de serviços de saúde complementar e suplementar; conferências e o conselho de saúde (BRASIL, 2003, p. 89-99).

locamento da arena principal de formulação da política de saúde: do Parlamento para o Executivo”<sup>537</sup> (ARRETCHE, 2005, p. 295).

Por isso, qualquer alternativa nessa seara deve levar em conta que as políticas públicas emergem como novo norte da atuação do Estado – conforme dito no início deste tópico – e que alteram, também, toda a configuração jurídico-política moderna<sup>538</sup>. Assim, como já explicado no tópico 1.2, o poder legislativo perde a centralidade: de um lado, em função da normatividade dos direitos fundamentais e atuação mais ativa do Judiciário; de outro, em função do destaque e aumento da ação do poder executivo, cada vez mais, por meio de outros instrumentos que não a lei, ou seja, por meio de atos e contratos administrativos<sup>539</sup> (CLÈVE, 1993, p. 49-50). Características próprias do modelo de Estado Democrático de Direito.

A relação *SUS – política pública – direito administrativo* é evidenciada por Aith (2007, p. 375). Ao discorrer sobre política pública, de forma geral, como atividade que envolve elaboração, planejamento, financiamento e execução de ações e serviços que buscam consolidar o Estado Democrático de Direito, o autor considera que, principalmente em relação à fase de execução das ações e serviços de saúde, o diálogo entre direito Administrativo e direito sanitário é intenso. Ele considera que essa interação leva ao surgimento de mecanismos que,

[...] típicos do Direito Administrativo, adquirem importância estratégica na aplicação do Direito Sanitário. Não poderia deixar de ser diferente, uma vez que a proteção da saúde depende da execução de políticas públicas, atividade estatal amplamente regulada pelo Direito Administrativo.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> Esse é o contexto da produção de Normas Operacionais explicado no tópico 2.2.

<sup>538</sup> Por isso deve-se ter em vista que: “Com efeito, ao mesmo tempo em que constitui uma expressão jurídica da política pública de saúde, que é uma política social, com o escopo de propiciar a ‘integração social’, o Direito Sanitário tem também uma dimensão política. Como entender esta dimensão política do Direito Sanitário no Brasil? A resposta advém do esforço de se formar uma perspectiva sobre as relações de poder que se tornam capazes de condicionar a estruturação das políticas sociais e da política de saúde em especial.” (CASTRO, 2003c, p. 367).

<sup>539</sup> Conforme citado no tópico 1.3 ao referir-se ao Estado Democrático de Direito como Estado Administrativo.

<sup>540</sup> Relação já mencionada no tópico 2.1.

Das considerações tecidas até aqui, evidencia-se que lidar com políticas de saúde envolve necessariamente dois temas: processo decisório e administração pública. O primeiro já foi tratado e será retomado no tópico 3.2. Em relação à administração, cabe lembrar, em primeiro lugar e na esteira de Leal (2006, p. 112), alguns dos princípios que ganham relevo ao tratar-se do SUS: “o da supremacia do interesse público em face do interesse privado; o da indisponibilidade do interesse público; o da proporcionalidade e, o princípio da finalidade”.

No que diz respeito ao SUS, a apresentação que se fez sobre ele faz compreender as afirmações de que o Sistema carrega elementos caracterizadores de nova administração pública (SANTOS, ANDRADE, 2007, p. 95); ou ainda de que ele é inovação da gestão pública, que contém em seus regramentos da mais moderna concepção de Estado e por isso necessita de novos paradigmas administrativos para ser operacionalizado (MAGALHÃES JÚNIOR, 2007, p. 16).

O SUS e as políticas de saúde configuram-se como componentes fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, do paradigma pós-moderno. E, justamente por serem elementos desse tipo de Estado Social, eles são atingidos diretamente pela crise e, especialmente, pelas propostas neoliberais para contorná-la.

Assim, à complexidade própria das políticas no âmbito do SUS e à inovação de sua estruturação para o exercício do direito de todos à saúde, acrescentam-se as transformações que emergem no período de transição paradigmática. Mudanças que impõe ao Estado interventor, responsável pelas políticas sociais, conjunto de dificuldades imbricadas que foram tratadas no tópico 1.2 sob as seguintes perspectivas: compartilhamento do poder estatal; crise do Estado Social; crise de legitimidade do Estado e do Direito; ondas neoliberais de desregulamentação e posteriormente de regulação e, assim, a Reforma do Estado e da Administração Pública.

São temas que em todo momento se interconectam e são de extrema relevância a todas as fases do “ciclo das políticas” de saúde. Principalmente para a etapa de formulação que é, conforme visto anteriormente, o momento no qual define-se o interesse público, tomam-se decisões e escolhem-se alternativas para se alcançar o bem comum. De forma específica, é quando se define o conteúdo do direito à saúde.

Além disso, as reformas do Estado e a da Administração encamiñaram as chamadas “Reformas dos Sistemas de Saúde”. Realidade, assim como várias outras do campo jurídico-político, iniciada em terras

longínquas e logo transpostas para o Brasil. Naquele momento, em velocidade característica da globalização e da sociedade digital.

Dessa forma, para analisar as políticas no âmbito do SUS, é preciso considerar que, apesar de o Estado brasileiro caracterizar-se, a partir de 1988, como Estado Democrático de Direito, pautado em sistema de proteção social modelado sob a forma de seguridade social, na mesma década começa a passar por adaptações exigidas pelas transformações do período de transição e, principalmente, pelas propostas neoliberais.

As propostas de reforma do Estado, como já visto, emergem como resposta à crise do Estado Social e das políticas keynesianas, que configuravam o “*big government* do Estado Social”<sup>541</sup>. As críticas a esse modelo fundamentavam-se na incapacidade de atender aos anseios sociais. A não correspondência com as demandas da população significou e significa a crise de legitimidade que afeta leis e políticas e coloca em evidência outra crise, a de representatividade do Estado.

Essas constatações foram, e ainda são, utilizadas, por um lado, como meio para desqualificar o Estado no desempenho das obrigações prestacionais e, por outro, para destacar a necessidade da participação “da sociedade” no âmbito administrativo<sup>542</sup>. Duas situações alcançadas pela Reforma Administrativa, conforme se verá.

A reforma do Estado e da Administração no Brasil<sup>543</sup> partiu tanto daquelas pressões externas que se disseminaram nas décadas de 70 e 80, descritas no tópico 1.2, quanto da evidência de problemas internos relativos ao modelo burocrático que dominava no país. Assim, conforme Franzese (2011, p. 20-21), sintetizam-se em dois eixos principais as propostas de reforma do Estado: um compreendido pelas privatizações, pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo aumento da carga tributária;

---

<sup>541</sup> Conforme explicado no tópico 1.2.

<sup>542</sup> Tema que a ser levantado no tópico 3.1 e que será retomado no 3.2 e no capítulo 4.

<sup>543</sup> A Reforma Administrativa do Estado foi inserida pela EC 19/98 (CARVALHO FILHO, 2010, p. 381). Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. XXXIX, XL) afirma, em relação ao Brasil e à Emenda Constitucional 19/98, que “o recente processo de reforma administrativa foi um exemplo negativo de como a ignorância do direito administrativo pelos gestores públicos e como o desconhecimento da Administração Pública enquanto organização, pelos juristas, produziram desperdício de energia humana, numa Emenda Constitucional que dificilmente chegará à aplicação, tal como foi aprovada, e como se perdeu uma oportunidade de criar um cenário administrativo-institucional mais favorável à cidadania”.

outro voltado para a flexibilização do modelo burocrático com vistas a alcançar um modelo gerencial.

Sem pretensão de analisar todas as características e a extensão dessa reforma no país, há pontos que não poderiam deixar de ser abordados. No presente trabalho dar-se-á atenção, especialmente, a algumas questões sobre a privatização<sup>544</sup> e a flexibilização do modelo administrativo. Realidades conectadas e que acabam por afetar profundamente a questão das políticas públicas e, assim, as de saúde.

Em 1995, o então Ministro de Administração e reforma de Estado, Bresser Pereira, elaborou o Plano da Reforma do Aparelho do Estado. Documento que introduziu os debates acerca do modelo gerencial no Brasil. Com as discussões sobre a reforma, conseguiu-se inserir na agenda de políticas públicas: o objetivo e foco em resultados, “a dimensão da eficiência no gasto dos recursos públicos e a lógica da oferta de serviços públicos com parceiros, sejam eles empresas privadas, organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público” (FRANZESE, 2011, p. 21).

No âmbito do último aspecto percebe-se, por meio da análise de Paoli (2003, p. 318), a mudança na organização social. Isso porque a sociedade que se organizava com base em princípios da solidariedade coletiva começa a se estruturar pela ação solidária privada, a qual se torna responsável pela implementação/execução de serviços sociais ao mesmo tempo que se criam critérios seletivos típicos das políticas previdenciárias.

Para arquitetar o novo cenário o Ministro Bresser Pereira recorreu ao discurso de desqualificação dos modelos anteriores para lidar com as realidades que se apresentavam naquele momento. O argumento utilizado era o de que o Estado, sob o modelo Social, não tinha condições de, sozinho, elaborar e implementar as políticas de cariz social. Por isso, deveria manter-se como o protagonista na *definição* de tais políticas, mas buscaria parceiros que não o compunham. Parceiros não governa-

---

<sup>544</sup> Ao discorrer sobre o contexto das propostas neoliberais, Cohn (1996, p. 316) afirma que, “embora essa discussão ocorra numa conjuntura de crise econômica (para não se falar da atual crise política) associada aos avanços dos preceitos e práticas neoliberais que se fazem presentes em toda a América Latina, o caso brasileiro, na sua tradução tropical dos preceitos neoliberais, transforma-o num processo de privatização ‘selvagem’ (a contraface do capitalismo selvagem) tanto na área econômica quanto na área social. Em ambas, não se substitui o Estado pelo mercado, mas a privatização ocorre à sombra e sob a proteção do próprio Estado”.



mentais que, diferentemente do Estado, poderiam oferecer “boa e confiável gestão” (PAOLI, 2003, p. 323-324; 318) e se enquadrariam, ainda, no modelo administrativo que se propunha mais flexível e voltado para o foco nos resultados.

Eles corresponderiam às propostas de flexibilização das

[...] formas tradicionais de controle burocrático – supervisão baseada na hierarquia e regulamentação detalhada de procedimentos – oferecendo maior autonomia às organizações na gestão de seus processos, em troca de maior controle por resultados. (FRANZESE, 2011, p. 44-45)

No contexto, encontram-se dentre os parceiros do Estado: as Organizações não governamentais – ONGs; as Organizações Sociais – OSs; as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs; e, até mesmo, conforme destacado no trabalho de Paoli, as empresas privadas que se organizam sob a lógica da filantropia empresarial<sup>545</sup>.

São entes que costumam ser incluídos como entidades do “Terceiro Setor”. Apesar de existirem múltiplas e até divergentes abordagens sobre esse setor, elas indicam que nele insere-se a atuação da

[...] sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem alvejar resultados lucrativos, como as pessoas empresariais em geral.<sup>546</sup> (CARVALHO FILHO, 2010, p. 383)

---

<sup>545</sup> De acordo com a autora, “esta filantropia empresarial organizada se adapta com vantagens, ao mesmo tempo, às formas do lucro empresarial, e, deste prisma, ecoa o discurso neoliberal que preconiza a iniciativa individual e privada contra a ineficiência burocrática do Estado e a politização dos conflitos sociais. É nesses termos que o empresariado brasileiro se agrega ao elogio da sociedade civil e do assim chamado ‘terceiro setor’, aparecendo como um ator que, junto com outras organizações sociais não-governamentais afirma sua disponibilidade civil em contribuir, no âmbito privado e mercantil, para a redefinição do modo de operar-se as políticas públicas que se dirigem à integração social e profissional de parcelas da população” (PAOLI, 2003, p. 320).

<sup>546</sup> Esse autor não faz referência às ONGs nem à filantropia.

As ONGs foram a forma que os movimentos sociais assumiram, de início, para contestar a globalização econômica e transnacional, principalmente entre as décadas de 70 e 80. Atualmente elas existem nos planos local, nacional, regional e internacional. Tais organizações têm assumido alianças de duplo caráter. Por um lado, elas se aliam ao Estado e atuam de modo a exigir que o mercado proceda de acordo com

[...] o equacionamento dos custos sociais e ambientais da produção exigido pelo desenvolvimento sustentável; de outro lado, aliam-se ao mercado para exigir do Estado a realização de reformas democráticas que aumentem sua eficácia administrativa. (VIEIRA, 2005, p. 67-68)

E aí se ressalta o problema de que, quando passam a realizar parcerias com o Estado, essas organizações do setor público não estatal perdem, por vezes, o caráter contestatório (VIEIRA, 2001, p. 81).

As ONGs não figuram tipo de pessoa jurídica. Sob esse aspecto, assumem a forma de associação ou fundação (VIOLIN, 2006, p. 90). Além disso, podem receber o atributo de OS<sup>547</sup> ou de OSCIP. Estas são novas figuras jurídicas que foram introduzidas pela “Reforma Administrativa” e tratadas especificamente pelas Leis 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente<sup>548</sup> (MELLO, 2010, p. 223).

Para Mello (2010, p. 224), a Reforma Administrativa não apenas introduziu os novos institutos, incluído aí o contrato de gestão previsto na Lei 9.637/98, mas inseriu, também, expressões de outras áreas do

---

<sup>547</sup> “Essas novas organizações, criadas pela a Lei nº 9.637/98, foram chamadas de Organizações sociais. De acordo com o Plano de Reforma proposto, elas seriam estruturas mais adequadas à gestão de uma série de políticas sociais por proporcionarem ao seu gestor maior flexibilidade e autonomia na organização e prestação dos serviços. Essa maior agilidade refere-se essencialmente à flexibilização de alguns controles por procedimentos, típicos da Administração Direta. No caso das compras, por exemplo, previu-se não ser necessária a realização de licitação, podendo cada organização criar um procedimento próprio mais ágil e mais bem adaptado à natureza dos serviços que presta. O mesmo aconteceu com o recrutamento e regime de pessoal, área na qual, diferentemente da estrutura rígida estatutária, buscou-se permitir a organização de um processo seletivo simplificado próprio e a posterior contratação pelo regime celetista.” (FRANZESE, 2011, p. 46)

<sup>548</sup> Também este autor não se refere às ONGs.

conhecimento que não possuíam significado jurídico reconhecível, como “terceirização”, “parcerias”, “terceiro setor”. Assim, essas expressões revelaram-se engenhosas para gerar confusão,

[...] facilitando, deste modo, a adoção de práticas inadmissíveis ao lume de nosso sistema normativo, a adoção de práticas inadmissíveis, mas que, por estarem recobertas com palavras novas, não se exibiam, *prima facie*, como contrastantes com nosso direito positivo.

Diante de tais transformações foi possível propor um processo de “publicização” para serviços não exclusivos – dentre os quais constam as universidades, hospitais, centros de pesquisa – que

[...] transfere a implementação de políticas públicas para agências autônomas pertencentes ao setor público não estatal, ou seja, de natureza privada, mas não lucrativa, que passam a ser controladas por resultado por meio do instrumento da contratualização de resultados. (FRANZESE, 2011, p. 46)

No tópico 1.2 relatou-se que, principalmente entre as décadas de 80 e 90, as propostas reformistas seguiram sob a perspectiva regulatória, indicando modelo de Estado regulador<sup>549</sup>. Essa influência esteve clara na

---

<sup>549</sup> Tendo em vista a menção ao Estado Administrador, no tópico 1.2, recorda-se que não se deve confundir poder regulamentar com “Estado regulador”. Dessa forma, no Brasil, o regulamento não pode ser confundido com outros atos normativos das autoridades da Administração Pública; “na verdade, há uma gama imensa de atos normativos editados pelas autoridades que integram a Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado e, mais, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço etc. O próprio Presidente da República promulga, por vezes, comandos normativos que, como veremos adiante, não podem integrar o conceito de regulamento” (CLÈVE, 1993, p. 216). Além disso: “No Direito Brasileiro, o regulamento, em sentido lato, pode ser definido como qualquer ato administrativo normativo (portanto ato geral e abstrato) emanado dos órgãos da Administração Pública. Em sentido estrito, todavia, que é aquele que importa para o Direito Constitucional, regulamento será o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo, no exercício da função administrativa” (CLÈVE, 1993, p. 226). “O regula-

Reforma Administrativa brasileira, que introduziu as agências reguladoras, as autarquias em regime especial e as agências executivas (MELLO, 2010, p. 222).

Para Agustini (2009, p. 114), a implantação dessas Agências no país, “a partir da década de 90, tem fortalecido a concepção de afastamento da estrita legalidade e a ampliação da possibilidade discricionária, principalmente sob a argumentação da necessidade do conhecimento e da técnica”.

Appio (2009, p. 227) tece considerações críticas acerca das mesmas. Segundo o autor,

O poder normativo das agências reguladoras representa um importante fenômeno de redução do controle estatal das atividades desempenhadas pelas concessionárias de serviços públicos, através de uma transferência do poder regulatório de determinados segmentos econômicos ou da prestação de serviços públicos operada por diversas leis, bem como pela própria Constituição.

No quadro dessa configuração surgem debates sobre a participação da sociedade em tais Agências. Considera-se a iniciativa um meio de apresentar contrapartida, uma “compensação”, para a redução do próprio controle estatal. Isso porque, apesar de nela citar-se a intenção de melhorar a resposta às demandas dos cidadãos, trata-se de proposta tipicamente neoliberal. Nesse contexto fala-se, principalmente, em audiências e consultas públicas de tais entidades.

Em documento da OCDE sobre as políticas regulatórias constam, dentre as principais ferramentas empregadas para melhorar a eficácia e

---

mento não se confunde com os demais atos normativos da Administração. O regulamento constitui, em princípio, ato de eficácia externa. Os demais atos normativos da Administração apenas raramente (p. 230) produzem eficácia externa” (CLÈVE, 1993, p. 230-231). “Finalmente, os regulamentos são veiculados por meio de decretos. Os demais atos normativos são veiculados por meio de outros instrumentos, como as portarias, as resoluções, ou as circulares. Por conseguinte, os regulamentos são editados pelo Presidente da República, ao passo que os demais atos normativos serão editados pelos órgãos ou autoridades competentes.” (CLÈVE, 1993, p. 231).

eficiência: as consultas públicas e o melhoramento dos arranjos de *accountability*<sup>550</sup> (OECD, 2002, p. 11).

No título 1.2 mencionou-se que no contexto dessa reforma Administrativa surgiram as propostas de reforma dos Sistemas de Saúde. Naquela oportunidade fez-se referência ao papel do Banco Mundial na liderança dos debates da política do setor. No relatório elaborado pela instituição, em 1993, consta a crítica à universalidade do acesso à saúde. O documento da OCDE intitulado “*A Reforma dos Sistemas de Saúde. Análises comparadas de sete países da OCDE*” não segue orientação diferente. Identificam-se, dentre os objetivos comuns das políticas de saúde, ao menos três que não se adequam ao princípio da universalidade do acesso. São eles: a) “possibilidades de acesso a cuidados suficientes e equitativos; b) “protecção do rendimento”; c) “liberdade do consumidor” (OCDE, 1995, p. 29-30).

O último objetivo está estritamente conectado com a participação do setor privado nos sistemas de saúde. De acordo com ele, o “consumidor” – assim é tratado o usuário do sistema de saúde no contexto – tem que ter o direito de escolher, tanto no setor público quanto no privado, quem irá prestar os seus cuidados (OCDE, 1995, p. 30).

Os outros dois abordam de forma mais direta a questão da universalidade. O primeiro visa garantir a todos o mínimo de cuidados médicos e “à mesma necessidade deveria corresponder o mesmo tratamento, pelo menos no sector financiado por fundos públicos”. Já o segundo considera que os “doentes não deveriam ter que pagar cuidados médicos demasiado onerosos em relação aos seus rendimentos e o preço desses cuidados deveria estar fixado em função da sua capacidade de pagamento”. Disso, são previstos ao menos três tipos de transferências: seguro; poupança e redistribuição de rendimentos (OCDE, 1995, p. 30).

Sob a influência dessas reformas dissemina-se o questionamento acerca da universalidade e gratuidade dos serviços e ações de saúde. É o caso presente nas análises de Andrade e Silva. Os autores portugueses expressam claramente críticas a tais princípios. Andrade (2002, p. 38) posiciona-se no sentido de que a realização dos direitos sociais não envolve, necessariamente, o Estado como fornecedor direto das prestações sociais por meio de serviços públicos. E, assim, a universalidade de tais

---

<sup>550</sup> Consta no texto original: “*The major tools employed to improve the efficiency and effectiveness of regulation include regulatory impact analysis (RIA), the systematic consideration of regulatory alternatives, public consultation and improve accountability arrangements*”. (OECD, 2002, p. 11)

direitos “não exige uma fórmula organizatória de serviço público administrativo, universal e gratuito”<sup>551</sup>. Segundo ele:

Para além das recentes tendências gerais de privatização total ou parcial da actividade administrativa, como forma organizatória e como estratégia de gestão, compensadas com a regulação e a imposição de obrigações de serviço público aos privados (*faire-faire*) – que podem corresponder até a uma moda ou a um ciclo temporal –, a realização actual dos direitos sociais tem de ter em conta sobretudo as *disfunções humanas* do sistema de universalização de serviços públicos gratuitos, bem como o *défice de liberdade* que a monopolização estatista inevitavelmente provoca. (ANDRADE, 2002, p. 39)

Silva (2002, p. 43) é ainda mais enfático. Para ele é facilmente compreensível a aversão neoliberal à universalidade e a seletividade como nova opção em países com recursos limitados e com insuficiência e má qualidade das prestações a cargo do Estado providência. Ele afirma que o princípio da universalidade é o primeiro grande problema de superação da crise de tal Estado.

Na explicação consta que o posicionamento não significa deixar de atribuir os direitos sociais em termos universais. Significa, sim, poder seleccionar, em conformidade com o princípio da igualdade e assim com as necessidades, os destinatários das prestações concretizadoras de tais direitos. Por isso, para ele, “o Estado não deve garantir prestações gratuitas de saúde ou de educação a quem pode, sem dificuldade, suportar os custos dessas prestações ou obtê-las no mercado”<sup>552</sup>. No entanto, o

---

<sup>551</sup> Considerando-se o contexto português, o autor afirma que “O Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação em regime de monopólio – na saúde, na segurança social, na educação e na cultura, como nos domínios da energia, da água, das telecomunicações e dos transportes –, muito menos serviços gratuitos, ou tendencialmente gratuitos, que, aliás, têm revelado efeitos fortemente regressivos em termos sociais” (ANDRADE, 2009, p. 66).

<sup>552</sup> O autor cita um exemplo de Portugal: “À regra da universalidade a Constituição junta ainda a gratuidade em casos particulares como o ensino básico – [...] – e na saúde, em que após a revisão constitucional de 1989, a gratuidade é apenas tendencial. Note-se, todavia, que relativamente ao direito à saúde, mesmo antes de 1989, a jurisprudência constitucional, a propósito

próprio autor reconhece que um posicionamento de tal envergadura depende, para se sustentar, do critério da seletividade, algo em si difícil de ser definido (SILVA, 2002, p. 43-44).

Não restam dúvidas acerca da influência dos processos e transformações ora descritos na realidade do setor *saúde pública* brasileiro. Deve-se apenas recordar que ao tempo que os países desenvolvidos ocupavam-se com os debates sobre a crise dos sistemas de proteção, “com clara resistência às propostas de abertura e modificação estrutural de seus modelos, os demais países iniciavam seus processos de construção dos sistemas de proteção e de saúde”<sup>553</sup> (VIANA; BAPTISTA, 2008, p. 90).

É o que se verifica no cenário brasileiro. Correia (2000, p. 39) o descreve da seguinte forma:

No Brasil assistimos, no final dos anos 80 e início da década de 90, à incorporação legal de um sistema de saúde baseado no modelo de reforma sanitário proposto pelo Movimento Sanitário – [...], com princípios de universalidade, equidade, integralidade, descentralização e participação social. E, em paralelo a este modelo, tem se colocado em prática o propugnado pela proposta de reforma do Estado que, por sua vez, cumpre as exigências impostas pelos organismos internacionais.<sup>554</sup>

---

dos primeiros regimes de taxas moderadoras, já havia suavizado a exigência da gratuidade, recorrendo para isso ao denominado ‘conceito normativo de gratuidade’.” (SILVA, 2002, p. 43).

<sup>553</sup> Visando a consideração e a exposição de posicionamentos de dois autores portugueses, recorda-se a situação do sistema de saúde em Portugal: “Os sistemas de saúde nos países da Europa do Sul: Grécia, Itália, Portugal e Espanha – embora em termos jurídicos se enquadrem no SNS, não podem ser classificados nesta categoria porque sua implementação foi muito tardia, não permitindo, por isso, uma consolidação capaz de classificar neste tipo-ideal.” (CARVALHO, 2009, p. 81)

<sup>554</sup> Uma das constatações desse quadro pode ser percebida na seguinte citação: “O discurso dos anos 1990 é que o Estado tem de diminuir, que nós teríamos um Estado mínimo. Contrariamente na saúde aumentou o número de servidores públicos, aumentou o orçamento público, aumentou o número de equipamentos públicos, pelo movimento do SUS, pelo caráter do SUS que não é reconhecido pelo Estado brasileiro.” (CAMPOS, 2005, p. 96).

Várias das propostas da Reforma Administrativa e, especificamente, da Reforma do Sistema de Saúde<sup>555</sup>, já foram adotadas no Brasil. Assim, considerando o Sistema de Saúde deste país, algumas das recomendações implementadas podem ser apontadas<sup>556</sup>.

A questão dos novos parceiros no setor saúde é tema extremamente relevante e que ainda merece mais atenção da área jurídica. No entanto, por não ser objeto desta tese, não se debruçará em minúcias sobre o assunto. Aborda-se o tema para chamar a atenção para as mudanças que com ele são introduzidas no âmbito administrativo e, consequentemente, no de gestão do SUS. Sob essa perspectiva verificam-se dois pontos cruciais para o presente trabalho: a) a utilização do termo “sociedade civil” para identificar os novos parceiros e a consequente referência à participação dessa no SUS. Tal “sociedade civil” se enquadra no conceito de “sociedade civil liberista” a ser apresentado no tópico 3.1; b) a própria privatização da gestão do SUS. Algo evidente frente à atuação das OSS<sup>557</sup> na gestão do Sistema<sup>558</sup>, fato que tem se disseminado e levantado vários debates e reações<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> Almeida (2008, p. 871-922) escreveu interessante texto sobre o tema, sob o título: *Reforma de Sistemas de Saúde: tendências internacionais, modelos e resultados*.

<sup>556</sup> Para Correia (2000, p. 39), “as propostas do Governo Federal para a saúde podem ser resumidas em três: descentralizar as ações, transferindo-as para o nível local via municipalização da saúde; diminuir a responsabilidade do Estado, com a criação de ‘organizações sociais’ que facilitem a participação do setor privado na prestação de serviços de saúde; e privilegiar a atenção primária por meio da implementação da Norma Operacional Básica do SUS/96, que privilegia repasse de recursos para os programas de Agentes Comunitário e da Saúde da Família”.

<sup>557</sup> Cohn (2008, p. 228) tece algumas considerações que dizem respeito aos novos parceiros: “O segundo deles [dos papéis] consiste, também muito presente na discussão contemporânea, em atribuir à sociedade responsabilidades que antes eram do Estado, seja na gestão dos serviços de saúde (contratar para gestão de hospitais públicos estaduais, organizações sociais de interesse público (Oscips) ou ONGs (organizações não-governamentais), ambas sem fins lucrativos, e entidades filantrópicas, e/ou fundações públicas, para prestação de serviços de saúde, e demais serviços na área social, introduzindo assim uma lógica no sistema de saúde que não é necessariamente pública, mas tampouco privada no sentido estrito do termo, já que esse tipo de instituições não busca diretamente o lucro.”

A criação das Fundações Estatais no cenário de privatização é brevemente analisada por Dalmo Dallari de Abreu (2009, p. 71-80) no artigo *Fundações estatais: proposta polêmica*. Sobre Fundação Estatal no Serviço Pú-



Cohn (2008, p. 235-236) faz observações extremamente importantes para as discussões acerca da atuação de agentes privados no setor público de saúde e, conseqüentemente, para a questão da universalidade. De acordo com a autora:

Resta então saber, no que diz respeito à saúde, o que fica como responsabilidade do Estado, e o que fica como responsabilidade do mercado e da sociedade. Nessa equação de três elementos, é sua composição (o que estamos aqui chamando de *mix*) que vai definir se naquela sociedade específica, naqueles países, cabe ao Estado, ao mercado ou à sociedade a maior parte da fatia da oferta e do provimento dos serviços de saúde para a população, e a que segmentos da população cada uma dessas instituições se dirige. É esse perfil desse *mix* na composição público/privado que vai definir se os sistemas de saúde nacionais são essencialmente públicos e universais, se são essencialmente privados com um subsistema público estatal voltado para pobres; ou se são mistos de forma que

---

blico de Saúde, *vide* o artigo de Marlon Laberto Weichert (2009, p. 81-97), que aborda as inconsistências e inconstitucionalidades do modelo. Na mesma revista podem ser verificados outros artigos sobre o tema.

558 Ressalta-se que: “O Estado tem repassado recursos públicos diretamente para a rede privada por meio da compra de serviços da rede conveniada ou contratada e, mais recentemente, por meio de parcerias com as ‘organizações sociais’. Estas são entidades de direito privado, de caráter público não estatal. Foram instituídas como mais um mecanismo que permite ao Estado transferir, para a rede privada, sua responsabilidade na área social delegando a estas organizações a gestão de bens e serviços públicos.” (CORREIA, 2000, p. 40).

559 Alguns deles foram relacionados no *Blog* criado pela autora da tese: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/>>. Dentre as notícias sobre o tema, ressalta-se o debate que surgiu no Estado de São Paulo, onde o Tribunal de Justiça manteve a decisão, proferida em virtude Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual contra a Lei 1.131/10, do então governador Alberto Goldman (PSDB), que autorizou os hospitais gerenciados por OSs a vender até 25% dos seus leitos dos SUS privados de saúde e particulares, foi derrubada. (CANUT: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2012/05/primeira-grande-vitoria-no-brasil.html>>. No *blog* também foram postadas notícias sobre a retomada, no ano de 2011, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923/98 contra as Organizações Sociais. (<<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2011/05/noticias-sobre-acao-direira-de.html>>)

componha uma articulação entre os serviços públicos estatais, os serviços privados (com ou sem fins lucrativos), e os serviços prestados pela sociedade (por meio de organizações não-governamentais, por exemplo), e que acabam por contemplar de forma diferenciada e segmentada os distintos grupos sociais<sup>560</sup>.

Essas questões remetem ao dualismo universalidade-gratuidade já verificado acima sob a perspectiva das Reformas. No Brasil, Sarlet (2010, p. 326) não chancela “a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público”. Para o autor, não se deduz princípio da gratuidade de acesso com fundamento no princípio da universalidade.

Apesar do posicionamento do renomado autor na área dos direitos fundamentais, considera-se, na esteira de Weichert (2004, p. 162), que a cobrança acarretaria a restrição de serviços a determinada parcela da população, afetando a universalidade.

Considerando a interconexão universalidade-gratuidade, acredita-se que as discussões deveriam ter outro foco, que não o da cobrança pelos serviços. A atenção deveria voltar-se para os atuais debates sobre a necessidade de novas fontes de recursos para a saúde – a serem acompanhados por maior fiscalização e gestão participativa – e aqueles que afirmam serem necessárias novas formas de gestão e o efetivo planejamento e não novos recursos.

A ideia de criação de novas fontes se identifica com as propostas para revisão da Lei Complementar 141/2012, que regulamentou a EC 29/2000 e com a previsão do projeto de lei para taxação de grandes fortunas. Além disso, outro ponto essencial para tal debate consiste na criação de meios efetivos de garantir o ressarcimento dos planos de saúde ao SUS<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> A autora destaca que, num país com tamanhas desigualdades sociais como o Brasil, “o que passa efetivamente a importar é como implantar políticas sociais e de saúde que, ao priorizarem os segmentos socialmente mais vulneráveis num primeiro momento, o façam com a lógica da universalização, da integralidade da equidade na atenção à saúde” (COHN, 2008, p. 244-245).

<sup>561</sup> “O setor privado tem sido beneficiado pelo Estado também quando os segurados da rede privada usam os serviços da rede pública em situação de emergência ou para tratamento de alto custo, pois a maioria dos seguros não os cobre [...]” (CORREIA, 2000, p. 40)

Além dessas questões, a criação das agências reguladoras que fazem parte do conjunto institucional do SUS, a Anvisa e a ANS<sup>562</sup>, também evidencia a influência das Reformas no setor saúde brasileiro. No âmbito delas podem ser constatados, além de outros fatores mencionados no presente tópico, o recurso às consultas públicas, experiência que foi estendida ao próprio Ministério da Saúde<sup>563</sup>.

Identifica-se, também, como iniciativa que parte da lógica da Nova Administração e gestão pública – que busca resultado, eficiência e eficácia, a boa gestão –, a criação da EBSEH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (BRASIL, 2011; BRASIL, 2011a), já citada no tópico anterior.

Outro aspecto da Reforma Administrativa a ser destacado diz respeito à estratégia do Governo Federal de descentralizar as políticas públicas, “transferindo uma série de gastos aos governos subnacionais – principalmente municipais” (FRANZESE, 2011, p. 44), proposta que já existia, em outros termos, no SUS, como se verá a seguir.

A descentralização torna-se caso bastante peculiar no cenário das propostas reformistas. Isso porque ela é elemento tanto da proposta do Sistema Único de Saúde como sistema universal, público e democrático, quanto das recomendações de cariz neoliberal.

É diante dessa perspectiva que Castro (2003, p. 373) menciona a ambiguidade do elemento, o qual é essencial para a “universalização”. Isso porque a descentralização

[...] pode conservar um caráter preponderantemente “administrativo”, ou, servindo-se de novas doutrinas e sistemática jurídica, resultar em práticas preponderantemente contratuais, em que sejam diminuídas as possibilidades de se considerarem critérios “públicos” de regulamentação, favorecendo-se, em consequência, a organização fluida de interesses por meio da operação, em maior ou menor extensão, de mecanismos de preços privados.

---

<sup>562</sup> Já citadas no tópico 2.2.

<sup>563</sup> No *Site* do Ministério, da ANS e da Anvisa, podem ser verificadas as consultas públicas em andamento. A dissertação de Sandra Mara Campos Alves (2008) trata das consultas públicas no âmbito da Anvisa. A mesma autora publicou artigo sobre as consultas públicas no âmbito da ANS (ALVES, 2009). Sobre participação social na Anvisa, confira também o texto *Participação social na Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, de Rachele A. A. Balbinot e Lucas Hernandes Corrêa (2010, p. 241-262).

Além dessas profundas transformações no SUS – influenciadas pelas propostas de Reforma dos Sistemas de Saúde e citadas a título exemplificativo –, ele tem se adaptado, ainda, a outras características do novo paradigma, da sociedade digital. É o que se percebe pela adoção de iniciativas de governo eletrônico ou administração eletrônica<sup>564</sup> no âmbito do Sistema, compreendendo atividades que abrangem as relações entre os órgãos governamentais (G2G), entre o governo e cidadãos (G2C) e mesmo entre o governo e empresas (G2B).

Podem-se identificar vários projetos de governo eletrônico no SUS. As próprias consultas públicas citadas anteriormente são feitas pelo uso das tecnologias da informação e comunicação. Os interessados contribuem *on line*. O Cartão Nacional de Saúde é outro grande exemplo, cujo *Sistema Cartão* foi regulamentado pela Portaria 940, de 28 de abril de 2011<sup>565</sup>, publicada em 03 de maio de 2011<sup>566</sup>. É um cartão que será estendido, também, aos clientes de plano de saúde como forma de tentar controlar quando eles utilizam serviços do SUS, para que os planos possam ser devidamente cobrados a ressarcirem os gastos despendidos pelo SUS com os seus clientes<sup>567</sup>.

O quadro geral traçado acerca das características das políticas de saúde e sobre o contexto em que elas são, principalmente, formuladas e implementadas, demonstra, de um lado, a inovação para o exercício do direito coletivo à saúde que, diante do modelo participativo do SUS, passa do voluntarismo estatal para as mãos dos Conselhos de Saúde. E, de outro lado, evidencia que os desafios para lidar com o tema e as práticas que ele envolve não são poucos. Os desafios iniciam-se pela complexidade do processo decisório de tais políticas, passam pela novidade que elas representam para o sistema jurídico e se desenvolvem em uma realidade político-social-econômica que emerge no período de transição paradigmática com intuito de reformar/romper a lógica do sistema de seguridade social no qual o Sistema de Saúde fundamenta-se.

---

<sup>564</sup> Realidades já contextualizadas no tópico 1.2.

<sup>565</sup> Apesar da novidade, ressalta-se que tal iniciativa coloca o grande desafio relativo à proteção das informações dos usuários do Sistema.

<sup>566</sup> Algumas notícias sobre o cartão também foram divulgadas no *Blog* criado pela autora, no qual remete à fonte inicial da publicação. Nesse caso, dentre outras postagens, *vide*: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2011/05/ministerio-da-saude-regulamenta-cartao.html>>.

<sup>567</sup> Conforme notícia publicada no blog o direito sanitário, com referência a publicação inicial: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2012/05/planos-de-saude-serao-obrigados.html>>.

## CAPÍTULO 3

### A PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO: UM MODELO ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE

O presente capítulo esclarece que, apesar de a participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde no Sistema Único sinalizar modificações paradigmáticas para o exercício do direito de todos à saúde, a sua configuração atual está fundamentada em preceitos e na lógica moderna – simplificadora, reducionista e representativa –, não condizendo com as exigências e complexidade da pós-modernidade. Para introduzir o tema, o capítulo apresenta algumas propostas de participação elaboradas para o contexto pós-moderno, os instrumentos participativos e a influência de ambos na seara da Administração Pública, de modo a demonstrar, de um lado, a ênfase na participação enquanto categoria central do novo paradigma, e, de outro, que as propostas atuais mantêm-se sob as vendas modernas. Na sequência, traça um breve histórico da participação em saúde e explica a estrutura participativa do SUS, dando destaque para o papel dos Conselhos de Saúde na fase de formulação das políticas do Sistema Único. A partir da análise desta configuração hodierna, aponta a necessidade de outro modelo participativo, efetivamente pós-moderno, que resgate a saúde como um bem coletivo próprio a ser exercido pelo seu titular, a Sociedade personalizada, em espaço e procedimentos adequados. Daí apresenta a nova lógica participativa que deverá orientar o exercício do direito de todos à saúde. Um quadro capaz de superar a atual configuração na qual a saúde e o SUS, categorias tipicamente pós-modernas, continuam a ser tratados e analisados sob diretrizes modernas.

#### 3.1 ATUAIS PROPOSTAS PARTICIPATIVAS PARA O CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE E SUA INFLUÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na descrição elaborada no título 1.2 sobre a transição paradigmática, verificou-se que as relações sociais passaram a se destacar no modelo de sociedade emergente, sejam elas identificadas com a *produção do laço social*, pelo *poder da identidade* ou, ainda, com o surgimento de novas *formas de sociabilidade*, nos termos utilizados por Lévy, Castells

e Santos, respectivamente. Constatou-se a formação de contexto no qual relações sociais, democracia participativa e participação – temas conexos – tornaram-se categorias centrais da pós-modernidade ou paradigma digital<sup>568</sup>.

A discussão de tais assuntos se enquadra, de forma geral, ao tema participação, que consiste em elemento fundamental do paradigma jurídico-político configurado sob características do neoconstitucionalismo<sup>569</sup>. A importância da temática foi se intensificando frente aos desafios impostos pela crise da democracia representativa: revelada pela crise de legitimidade do direito, das políticas e do Estado<sup>570</sup>.

Observa-se, inicialmente, que a *democracia* passou a ser difundida por meio da internacionalização dos direitos humanos que, conforme visto no título 1.2, foi responsável por profundas alterações na concepção de soberania estatal moderna. A Declaração Universal de 1948<sup>571</sup>, que ao lado de outros documentos internacionais, serviu como base para a construção dos Estados democráticos de direito, foi instrumento fundamental nessa propagação.

O artigo XXI, 1, refere-se a duas formas de participação das pessoas no governo de seu país: a *direta* e a *indireta*, por meio de representantes escolhidos livremente<sup>572</sup>. Além disso, o artigo XXI, 3, reforça a ideia de *soberania popular e democracia representativa* ao dispor que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade

---

<sup>568</sup> Sem pretensão de descrever a teoria de Eduardo Bittar (2009, p. 243; 264), que remete à participação do “terceiro setor” nesse panorama pós-moderno, ressalta-se observação interessante do autor no seguinte sentido: “Nenhum tipo de solução pode ser entrevisto no horizonte, se a resposta que se aguarda depender das leis do mercado, ou se resposta for procurada na intensificação da criminalização social (inclusive dos movimentos sociais), na manutenção da dicotomia que separa sociedade civil de Estado e torna a cidadania uma expectativa passiva dentro da representatividade política, ou no quietismo alarmante que silencia e compactua sem mobilização consistente ante o cataclisma social. Qualquer resposta que possa apontar perspectivas passa, necessariamente, por incentivos à cidadania, à participação, à inclusão política e econômica, assim como pela ampliação da democracia e reforço do papel prestativo do Estado, pelo fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e centrada nos direitos humanos.”.

<sup>569</sup> Conforme analisado, também, no título 1.2.

<sup>570</sup> Situações já descritas no tópico 1.2.

<sup>571</sup> Já mencionada no tópico 1.2.

<sup>572</sup> **Artigo XXI, “1”:** Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. (PIOVESAN, 2007, p. 367).

será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto” (PIOVESAN, 2007, p. 368, grifo nosso).

Dessas imposições<sup>573</sup> das Nações Unidas aos Estados, a *democracia* passou a ser concebida como direito internacional do qual é titular o gênero humano. Direito intrinsecamente conectado com a própria dignidade da pessoa que é incompatível com sistemas absolutistas e autocráticos que conduzem a genocídios e ameaçam a paz universal (BONAVIDES, 1995, p. 362-363).

Não por acaso, os Estados democráticos de direito passaram a fundamentar-se em duas grandes ideias: o constitucionalismo e a democracia (BARROSO, 2010, p. 245). E esta, assim como o Estado de direito, tornou-se princípio jurídico-constitucional<sup>574</sup> (CANOTILHO, 2000, p. 285), ou seja, elemento orientador da configuração do Estado<sup>575</sup>. Ela ganhou a normatividade dos princípios “*e deixou de ser apenas uma forma de governo ou regramento para a organização e estabelecimento do poder*” (BONAVIDES, 1995, p. 350; 364, grifo nosso).

Antes de dar continuidade ao estudo com ênfase nas transformações, cabem algumas notas introdutórias acerca do caminho percorrido pela democracia no período de transição entre os paradigmas moderno e pós-moderno.

Nesse sentido, sob a visão histórica e crítica, o período pós-1945 na Europa foi testemunho da consolidação de conceito restrito de soberania (AVRITZER, 2003, p. 472). Concepção limitada que teve triunfo global e pode ser identificada como “democracia hegemônica”<sup>576</sup>. Trata-se de um modelo de democracia liberal e representativa, de baixa intensidade, “assente na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e numa inclusão política abstracta feita de exclusão social” (SANTOS, 2003, p. 27).

---

<sup>573</sup> Sobre a “força jurídica vinculante da Declaração Universal de 1948”, vide obra de Piovesan (2007, p. 143-148).

<sup>574</sup> No contexto da citação, o autor refere-se à Constituição portuguesa de 1976.

<sup>575</sup> Para Bonavides (1995, p. 364), essa nova figura de Estado de Direito seria o que ele denomina de “Estado de Direito de terceira dimensão”.

<sup>576</sup> Esse modelo foi se impondo já nos anos 1960 e “sua consagração foi consumada pelo Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional ao transformá-lo em condicionalidade política para a concessão de empréstimos e ajuda financeira” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 61).

Em tal concepção de democracia, diferentemente da consideração elaborada logo acima com base nas lições de Bonavides, a discussão mais abrangente sobre as regras do jogo democrático foi substituída pela identificação da democracia com as regras do processo eleitoral, na qual as teorias sobre a democracia buscaram responder a três questões: a) “a da relação entre procedimento e forma; b) a do papel da burocracia na vida democrática; c) a inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 40).

Além disso, há de destacar que a conjuntura europeia nessa matéria não coincidiu com aquela proveniente da tentativa de estender a democracia para países da América Latina, da África e da Ásia<sup>577</sup>. No período em que triunfava na Europa, o que se pôde constatar nesses outros países foi imenso fracasso do empreendimento. Ocorre, ainda, que na metade da década de 70 o autoritarismo se expandiu para um terço das democracias que se haviam constituído no mundo na fase anterior. Donde restaram apenas dois países democráticos na América Latina em 1973 (AVRITZER, 2003, p. 472).

Sem pretensão de se debruçar sobre o histórico da democracia, ressalta-se que, no contexto da análise, a democracia hegemônica teria assumido diferentes faces e debates ao longo da passagem da modernidade para a pós-modernidade<sup>578</sup>.

Para as intenções do presente título, cabe mencionar que a (re)abertura do debate democrático, possibilitado pelo processo de democratização iniciado principalmente no sul europeu na década de 70 e levado à América Latina nos 80, contou com a inserção de novos atores sociais na cena política e, dessa forma, com a instituição da disputa em

---

<sup>577</sup> Recorda-se que tal extensão foi efetuada, também, para o Leste europeu.

<sup>578</sup> Dessa forma, identifica-se que na primeira metade do século XX seus debates centraram-se na questão da desejabilidade da democracia. Enquanto no pós-segunda guerra, especialmente nos anos 60, suas discussões voltaram-se para as condições de sua estruturação e virtualidades redistributivas. Nesse período, numa conjuntura em que se levava em conta a tensão entre capitalismo e democracia, discutia-se a possibilidade de modelos de democracia alternativos ao liberal. Diante das tentativas de extensão do modelo hegemônico na década de 70, citadas no corpo do texto, e a crise do Estado Social, principalmente na década de 80, o debate sobre a democracia altera-se e o seu significado estrutural assume outros termos. Com o término da guerra fria, em meio à retomada do debate democrático e à intensificação da globalização, a teoria da democracia hegemônica esteve envolvida no debate entre democracia representativa e democracia participativa (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 35-37).



torno do significado da democracia e da “nova gramática social” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 47-48).

Tratou-se de quadro que recolocou em pauta três grandes questões: a) a relação entre procedimento e participação societária; b) a elevação da importância da participação societária que conduziu a reajuste da solução não participativa e burocrática no âmbito local<sup>579</sup>; c) a relação entre representação e diversidade cultural e social e a consequente perda de credibilidade da representação. No qual aparecem alvitre mais propícios à defesa das identidades subalternas presentes em propostas de “relativização da representatividade” ou “articulação entre democracia representativa e democracia participativa”, em que esta tem se destacado (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 47-48).

Tendo em vista as últimas considerações, Santos e Avritzer (2003, p. 44) afirmam que, apesar do trunfo da democracia hegemônica, sempre existiram modelos contra-hegemônicos<sup>580</sup> ou alternativos que, por tempos, foram marginalizados e desacreditados.

A democracia participativa ou popular é um desses modelos. Ela tem ganhado “uma nova dinâmica, protagonizada por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade”<sup>581</sup> (SANTOS, 2003, p. 27).

Apesar da importância de tais considerações iniciais, elaboradas com referência a Santos e Avritzer, e da inovação da classificação da democracia feita por esses autores – dedicados à busca de novas formas de sociabilidade – não se dedicará à teoria que eles desenvolveram sobre o tema, nem sobre qualquer outra voltada para a análise da participação. Buscar-se-á elaborar análise mais ampla, livre das delimitações próprias

---

<sup>579</sup> Aqui estaria recolocado o “problema da escala no interior do debate democrático. A maior parte das experiências participativas nos países recém-democratizados do Sul tem o seu êxito relacionado com a capacidade dos actores sociais de transferirem práticas e informações do nível societário para o nível administrativo” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 47).

<sup>580</sup> Santos passa a debater a democracia contra-hegemônica no contexto de reconstrução do debate democrático que se dá na segunda metade do século XX (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 38).

<sup>581</sup> “Trata-se de iniciativas locais, [...] e que, crescentemente vão desenvolvendo vínculos de interconhecimento e de interação com iniciativas paralelas, dando assim azo à formação, por enquanto embrionária, de redes transnacionais de democracia participativa.” (SANTOS, 2003, p. 27).

de referencial teórico, para demonstrar algumas das diferentes abordagens que têm sido apresentadas sobre participação e a democracia participativa.

Para tanto, toma-se como base a consideração feita logo no início deste tópico: a participação como categoria central da pós-modernidade. Há muitos trabalhos dedicados à democracia e à participação nesse paradigma, tanto no âmbito internacional quanto no nacional. As abordagens são variadas. Não há posicionamento homogêneo sobre tais temas. Por isso, falta consenso geral acerca da data/motivo de seu surgimento<sup>582</sup>

---

<sup>582</sup> Sob esse aspecto, Pereira (2008, 146,147) assevera que: “Dadas as disfuncionalidades do modelo calcado predominantemente no princípio representativo, os anos 60 tornaram-se o marco inicial do ressurgimento de abordagens centradas na recuperação da importância perdida da democracia direta. Os motivos para o aumento do interesse pela participação são os mais variados possíveis. A revolução de maio de 68, a crise do Estado Providência a mudança no seio das sociedades avançadas, de valores materiais para pós-materiais, a melhoria dos processos de comunicação com a introdução de novas tecnologias e até mesmo o sufrágio feminino tem sido elencados como algumas causas possíveis. Contudo, nenhum conjunto de fatores teve tanta influência como a já designada crise da democracia representativa. O isolamento, a clausura e a crescente burocratização das instâncias de decisão, a perda da capacidade de mobilização e de conquista de ‘capital social’ por parte dos partidos políticos, a impressão generalizada de queda no desempenho dos poderes e das agências estatais, o enfraquecimento da legitimidade governamental e parlamentar em face dos altos níveis de abstencionismo e desinteresse popular pela política oficial são alguns dos fatores que colocaram em questão a capacidade global das estruturas e atores políticos tradicionais em cumprir de modo razoável as funções deles esperadas. [...] O discurso em prol de mais democracia direta e mais implicação participativa tornou-se tão presente, a ponto de já o terem como um *Mode-thema* (‘tema da moda’).”

O autor, que menciona o ineditismo dos “novos” movimentos sociais, continua sua explanação no sentido de que: “Muito embora exista certa controvérsia quanto à data de seu aparecimento, há unanimidade em situar as décadas de 60 e 70 do século XX como o marco inicial de sua proliferação, período em que os novos movimentos conseguiram, em um processo ascendente, conquistar ampla visibilidade e mobilizar a opinião pública a seu favor.” (PEREIRA, 2008, p. 195).

Para Nárdiz (2010, p. 119-120), “*se puede afirmar que el concepto de democracia participativa tal y como se entiende en la actualidad surge en las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX (una de las primeras experiencias de democracia participativa se produce con los conocidos ‘núcleos de intervención participativa’ que se realizan en 1972, siendo en*

assim como da definição e da função que os termos incluídos no debate democrático passam a desempenhar no cenário atual.

Diante desse quadro a participação recebeu diversas adjetivações como, por exemplo: participação do povo; participação cidadã; participação social; participação popular; participação direta; participação semidireta, dentre outros. Diversidade de denominações acompanhada, por vezes, de significados e propostas diferentes que acabam sendo incluídos de forma generalizada no conceito de democracia participativa.

A preocupação semântica está presente no estudo de Nárdiz (2010, p. 11) sobre “democracia participativa”. O autor destaca não apenas o uso indistinto das expressões *democracia direta*, *democracia participativa* e *democracia semidireta*, mas evidencia, também, que praticamente inexistente acordo acerca do conteúdo concreto de cada um desses termos.

No mesmo sentido segue a observação de Bobbio (2000, p. 64). Apesar de recorrer ao termo democracia direta e não democracia participativa, o autor afirma que a expressão, assim como a *democracia representativa*, tem muitos significados históricos. E que, por isso, não se pode falar em única democracia representativa e única democracia direta possível.

Sob uma perspectiva diferente, voltada à proposta de democracia participativa contra-hegemônica, Santos e Avritzer (2003, p. 66) colocam em evidência não apenas os diferentes conceitos da democracia, mas, principalmente, as diferentes formas que ela pode assumir. Por isso, eles indicam o *fortalecimento da demodiversidade* como uma das três teses<sup>583</sup> para o fortalecimento da democracia participativa. A *demodiversidade* consistiria no reconhecimento de que não há porquê de a democracia assumir única forma. Ela aponta para o incremento “da deliberação pública e do adensamento da participação frente ao multiculturalismo e das recentes experiências participativas”.

Do exposto verifica-se cenário que abre imenso espaço para indistinções e generalizações e, assim, para o aumento da complexidade do debate democrático e participativo. Panorama em que a utilização de termos idênticos por discursos e propostas completamente divergentes

---

1977 cuando aparece unos de los primeros estudios sobre la materia: [...]”.

<sup>583</sup> As outras duas teses são: o fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global e a ampliação do experimentalismo democrático (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 66).

acaba por causar confusões e por permitir, principalmente, apropriações espúrias dos termos e do próprio debate.

Até aqui, fica evidente a dificuldade em se definir a *democracia participativa*. Não resulta em algo nem simples nem único. Além disso, não se pode esquecer que em múltiplas ocasiões a democracia participativa foi e será tergiversada e corrompida fazendo passar por ela construções jurídicas bem distintas ao que teoricamente deveria entender-se por democracia participativa<sup>584</sup> (NÁRDIZ, 2010, p. 128).

A preocupação acerca do conceito de *democracia participativa* estende-se, ainda, ao significado que tem sido atribuído às categorias utilizadas para descrevê-la. Ou seja, ao sentido que termos como participação – nas diferentes adjetivações –, sociedade civil, esfera pública e instrumentos/mecanismos de participação vêm assumindo em cada proposta teórica.

Aborda-se o assunto sem pretensão de indicar tratamento homogêneo de conceitos e ideias sobre ele. Tomá-lo em toda a importância para ressaltar o cuidado a ser dispensado ao se aventurar em campo tão complexo que exige explicitação não somente do contexto de abordagem do tema, mas, também, de quais são os significados atribuídos aos termos a serem utilizados na análise<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> Tradução livre de: “*no hay que olvidar que en multitud de ocasiones la democracia participativa ha sido y será tergiversada y corrompida haciendo pasar por ella a construcciones jurídicas bien distintas a lo que teóricamente debería entenderse por democracia participativa*” (NÁRDIZ, 2010, p. 128).

Nesse sentido, e citando Finkelkraut, o autor afirma que “*No hay que pensar que estas corrientes participativas surgieron solamente del ‘pensamiento progresista’, sino que también en los años setenta desde los grupos más conservadores se pidió más participación. Así, durante la presidencia de Jimmy Carter (1977-1981), surgieron destacados movimientos que criticaban el, para ellos, elevado intervencionismo del Estado, los cuales, preocupados por fenómenos que consideraban derivados del mismo, como el aumento de los impuestos, solicitaron la utilización de instrumentos de la democracia participativa tales como referendos, iniciativas legislativas populares, práctica de la democracia participativa local, etc. con el fin de oponerse a dicho intervencionismo estatal.*” (NÁRDIZ, 2010, p. 122)

<sup>585</sup> Nesse sentido, ressalta-se a posição de Nárdiz (2010, p. 16) sobre a impossibilidade de se entender a *democracia participativa* se os termos relacionados a ela não forem compreendidos ou se forem, ainda, confundidos. Para ele, termos essenciais a serem apreendidos seriam: democracia direta; democracia semidireta; governança; participação cidadã; papel das novas tecnologias de informação e comunicação na democracia participativa.

Embora se destaque a dificuldade do debate, a apresentação de histórico e de descrição criteriosa de teorias sobre democracia e participação, assim como a opção de uma delas como marco teórico, não se incluem no objetivo deste tópico. A indicação de referencial para o tema foi feita na última parte do capítulo 1.

No momento, pretende-se apresentar, a título exemplificativo e descritivo, algumas abordagens que têm se destacado contemporaneamente no âmbito jurídico-político e, em específico, no seio das atividades administrativas. Ocupar-se-á brevemente com a citação de alguns instrumentos/mecanismos que têm sido mencionados ou mesmo utilizados com o escopo de garantir a participação. Com tais descrições será possível, ao final, abordar algumas alterações que a perspectiva participativa proporciona ou potencializa para a relação dicotômica Estado x sociedade (sociedade de indivíduos)<sup>586</sup>.

A referência à pós-modernidade no presente tópico não vincula todos os autores que aqui serão citados a propostas denominadas pós-modernas. Habermas, por exemplo, fala da continuidade da modernidade e Bobbio refere-se ao Estado e sociedades modernos. No entanto, é fato que as suas teorias, mesmo não consistindo, direta ou indiretamente, em propostas pós-modernas, acabam por refletir e influenciar o tema da participação que, além de aparecer em diversas propostas para a pós-modernidade, consiste em categoria central do período.

Antes de conceituar a *democracia participativa*, Nárdiz (2010, p. 18-17; 96) afirma que só pode fazê-lo em termos gerais e sem considerar as particularidades de cada país. Para o autor, ela deve ser compreendida em relação à democracia representativa, ou seja, como complemento e evolução desta. No sentido de inclusão de elementos de participação direta/popular no modelo representativo a exemplo do referendo, das iniciativas populares e da revogação de mandato, independentemente da reunião de todos os cidadãos em assembleia. Na definição, a *democracia participativa* consiste em

[...] uma série de instrumentos ou mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares, etc. – cuja introdução se pretende na democracia repre-

---

<sup>586</sup> Ressalta-se que o termo sociedade, quando utilizado no sentido dicotômico, assume o sentido moderno de sociedade de indivíduos. Sob esse aspecto, a sociedade foi reduzida à “poeira atômica de indivíduos”, de acordo com dizeres de Bonavides, já citado no tópico 1.1.

sentativa com o objetivo e a vontade de complementá-la fazendo-a mais participativa ao ampliar a participação popular no governo da comunidade, com o desejo não só de aproximar o governo dos cidadãos e aprofundar-lhes o direito à participação política, mas também com o desejo de controlar melhor os governantes, de submetê-los, mediante ditos instrumentos, a uma maior transparência e a um controle mais severo por parte dos cidadãos. (NÁRDIZ, 2010, p. 127)<sup>587</sup>

As tecnologias de informação e comunicação consistem em elemento importante para o conceito<sup>588</sup>. Elas introduzem melhoras nas diferentes fases do processo participativo dos cidadãos nas tomadas de decisão pública já que aperfeiçoam os canais: de informação, de comunicação, de consulta, de deliberação e de participação (NÁRDIZ, 2010, p. 153-155).

O autor, assim como muitos outros que trabalham com a temática em questão, faz referência e baseia-se em lições de Habermas sobre sociedade civil e espaço público<sup>589</sup> e de Bobbio (2000, p. 70) acerca da

---

<sup>587</sup> Tradução livre de: “*una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares, etc. – cuya introducción se pretende en la democracia representativa con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular en el gobierno de la comunidad, con el deseo no sólo de acercar el gobierno a los ciudadanos y profundizar en el derecho de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los gobernantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos, a una mayor transparencia y a un control más severo por parte de los ciudadanos*” (NÁRDIZ, 2010, p. 127).

<sup>588</sup> “*Pero o que hay que destacar, pues así lo señala la mayor parte de la doctrina, es que las NTIC no pretenden ser una nueva forma de participación ciudadana. Son una herramienta, un instrumento que tiene por objetivo construirse en un apoyo que facilite la participación ciudadana. En la actualidad, hay que entender las NTIC como un mecanismo para mejorar el funcionamiento de la democracia representativa facilitando la introducción en ella de instrumentos de la democracia participativa.*” (NÁRDIZ, 2010, p. 157).

<sup>589</sup> De acordo com o autor: “*Alrededor de todas las ideas que se pueden dar a favor de la democracia participativa han necesariamente de sobrevolar como elemento de base y de partida, los postulados de Habermas acerca del fortalecimiento de la sociedad civil y del espacio público [...]*” (NÁRDIZ, 2010, p. 131-132).

*democracia direta*<sup>590</sup> como sistema possível de integrar o sistema de democracia representativa.

Bobbio (2000, p. 65), que para Santos e Avritzer (2003, p. 40) é um dos grandes teóricos da democracia hegemônica, afirma que não há de se pensar na democracia representativa e na direta como sistemas alternativos no sentido de que ou existe um ou existe o outro. Numa democracia integral, ambas são necessárias, embora não suficientes em si mesmas.

A democracia direta é vista de forma crítica e restrita na sua abordagem. Isso fica claro quando o autor evidencia, por um lado, a impossibilidade de participação de todos os cidadãos em todas as decisões que lhes dizem respeito em sociedades cada vez mais complexas, como as industriais<sup>591</sup>. E, por outro, quando menciona a inimaginabilidade de se governar um Estado por meio de convocação constante do povo (BOBBIO, 2000, p. 54; 66).

Além disso, para ele, a complexidade da sociedade e do Estado modernos torna patente a insuficiência dos institutos da democracia direta<sup>592</sup> – a assembleia de cidadãos sem intermediários e o *referendum* – para o funcionamento do Estado. No sistema de democracia, entendida como a permissão aos indivíduos de participar das deliberações de seu interesse, seria necessário que não houvesse nenhum intermediário entre os deliberantes e a deliberação. No entanto, a realidade comprova que mesmo nos bairros não é a assembleia de cidadãos que governa e sim os seus representantes (BOBBIO, 2000, p. 65; 63).

A crítica não deixa de abarcar os debates acerca da possibilidade de exercício da democracia direta por meio do uso de computadores, ou seja, a possibilidade de uma computocracia que, segundo ele, seria “hi-

---

<sup>590</sup> Esse autor não trabalha com o termo *democracia participativa*.

<sup>591</sup> Isso “se por democracia direta se entender literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes” (BOBBIO, 2000, p. 9).

<sup>592</sup> Nárdiz (2010, p. 92), com fundamento nos ensinamentos de Bobbio, afirma que: “*Se podría afirmar que por democracia directa se entiende aquella forma de gobierno que carece de la necesidad de representantes para la toma de decisiones y donde las mismas las toma la ciudadanía directamente. En la democracia directa, generalmente, la ciudadanía decide reunida en un recinto – una asamblea –, escuchando y haciéndose oír. Se toman las decisiones mediante votaciones de los presentes y la voluntad colectiva queda manifestada en el mismo acto de la reunión. Es decir, con democracia directa se hace referencia en la actualidad a la democracia de la antigüedad clásica, básicamente, a la democracia ateniense.*”

pótese absolutamente pueril”<sup>593</sup>. Ressalta, também, que além da possibilidade de as novas tecnologias beneficiarem a democracia governada, o controle público do poder, elas abrem potencialidades até então impensáveis para a democracia governante. Nenhum governante, em toda a história, pôde obter tantas informações sobre os súditos, tanto controle, quanto os governos democráticos atuais com a utilização dos “cérebros eletrônicos”. E aqui residiria grande problema: “Quem controla os controladores?”<sup>594</sup> (BOBBIO, 2000, p. 43; p. 120).

Do breve contexto compreende-se que Bobbio (2000, p. 67) não analisa a participação no âmbito de temas intitulados *democracia participativa* ou *democracia direta*. Ele a investiga sob a perspectiva da ampliação do processo de democratização<sup>595</sup>, que

[...] consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente<sup>596</sup>, que até agora

---

<sup>593</sup> Nesse sentido, ele afirma que “A democracia representativa, que é a única forma de democracia existente e em funcionamento, é já por si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia. A hipótese de que a futura computadorocracia, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril. A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir seu próprio voto ao menos uma vez por dia. O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral. [...] Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia” (BOBBIO, 2000, p. 38-39).

<sup>594</sup> E aqui residiria a questão do Estado vigilante, o *Big Brother*, conforme já abordado no tópico 1.2.

<sup>595</sup> “Creio assim ter indicado, embora com as imprecisões e insuficiências de que estou perfeitamente consciente, a estrada capaz de conduzir ao alargamento da democracia sem desembocar necessariamente na democracia direta.” (BOBBIO, 2000, p. 76)

<sup>596</sup> Sobre essa questão o autor explica: “Peço desculpas por ser um pouco esquemático, mas o fluxo de poder só pode ter das direções: ou é descendente, quer dizer, desce do alto para baixo, ou é ascendente, quer dizer, vai de baixo para cima. Exemplo típico do primeiro é, nos Estados modernos, o poder burocrático; do segundo é o poder político, onde quer que se en-



havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política [...], para o campo sociedade civil<sup>597</sup> nas suas várias articulações [...].

Assim, o desenvolvimento da democracia não depende somente da integração entre a democracia representativa e a direta, mas, principalmente, na “extensão da democratização”. Algo possível por meio da criação de procedimentos capazes de viabilizar a participação dos interessados em deliberações da esfera social – e não apenas da esfera política –, na qual eles são considerados em seus múltiplos papéis: de pai, de filho, de empresário, de professor, de estudante, de médico, de doente, dentre outros (BOBBIO, 2009, p. 156).

Não há, segundo o autor acima, a afirmação de novo tipo de democracia. Assiste-se, com a democracia social, à extensão das formas tradicionais de democracia – como a democracia representativa – para novos espaços que até então eram dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático. Por isso, o desenvolvimento da democracia não depende mais da ampliação dos direitos políticos. Não mais do número de pessoas com direito ao voto. E sim da *participação* em instâncias novas, nos novos espaços – diferentes das políticas tradicionais –, nos quais se exerce tal direito. “Em outros termos, quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a pergunta ‘Quem vota?’, mas ‘Onde se vota?’” (BOBBIO, 2000, p. 67; BOBBIO, 2009, p. 156-157). Ou seja, onde se dá a participação?

Apesar de se relacionarem ao modelo de democracia representativa, as análises do autor consideram a existência de centros de poder que não o Estado. Centros que, apesar de não se identificarem de forma imediata com esse ente, estão dentro dele e levantam importante questão: o pluralismo (BOBBIO, 2000, p. 70), tema que, no tópico 1.2, a autora da tese citou dentre as categorias pós-modernas.

---

tenda por poder político aquele exercido em todos os níveis (local, regional, estatal) em nome e por conta do cidadão, ou melhor, do indivíduo como cidadão” (BOBBIO, 2000, p. 66).

<sup>597</sup>

O conceito do autor para sociedade civil foi apresentado no tópico 1.1 e identifica-se, de forma geral, como “o conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e, portanto, como tudo aquilo que sobra uma vez bem delimitado o âmbito no qual se exerce o poder estatal” (BOBBIO, 2009, p. 33-34).

A *democracia direta* recebe tratamento inovador na abordagem de Bonavides (1995, p. 349; 351): ela assume a qualidade de direito fundamental de quarta geração<sup>598</sup>. Direito que, segundo o autor, só se torna possível mediante a instituição, na ordem interna, de novo conceito para o termo *democracia direta*.

O primeiro passo consistiria, então, em superar algumas colocações corriqueiras sobre o assunto. Uma delas, referenciada por Bobbio<sup>599</sup>, diz respeito à necessidade de desvinculação do termo *democracia direta* da ideia de reunião ou consulta ao povo, todos os dias e em todas as ocasiões, para fins de elaboração de leis, expedição de regulamentos e decretos, nomeações, demissões, administração ou exercício de poderes e funções indispensáveis para o funcionamento do poder e do governo (BONAVIDES, 1995, p. 356).

Essa concepção de *democracia direta*, que a toma em termos absolutos – de acordo com o modelo grego clássico –, reflete a imagem da “cidadania perpetuamente arrematada para exarar resposta soberana a cada ato decisório de exercício do poder, legitimando num plebiscito de todos os dias (imagem de Renan) resoluções, leis e decisões governativas”, e acaba por gerar ceticismo em relação à sua concretização. Por isso, há necessidade de conceito que a tome em termos relativos para compatibilizá-la ao cenário político e social da época atual. Dessa forma, as dificuldades em responder o que é democracia direta decorrem, justamente, das incertezas em torno da aplicação e concretização do “novo modelo político” que não significa nem propõe o banimento, exorcização ou eliminação de todas as formas de representação, sem o que ela mesma não existiria (BONAVIDES, 1995, p. 353; 352; 354).

Ao contrário da perspectiva de Bobbio sobre a computocracia, Bonavides (1995, p. 354) afirma que, diante dos avanços alcançados pela humanidade, principalmente com os progressos científicos, não existem argumentos sobre obstáculos, sejam materiais ou técnicos, que se possam contrapor de forma persuasiva ao emprego da democracia direta no Estado contemporâneo<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> Sarlet (2006, p. 156) menciona essa teoria em seu livro sobre direitos fundamentais. Teoria que também é citada na dissertação de Ferreira, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>599</sup> Conforme descrito logo acima.

<sup>600</sup> O autor ainda questiona: “Quem porventura ainda duvida que, na era do computador, dos meios eletrônicos de comunicação, da revolução da informática, não se possa apurar e captar diretamente operações de plebiscito ou *referendum*, sem limites de frequência e reprodução, e sempre isentas

Nesse sentido, ele assevera que

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, e isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2010, p. 571)

A *participação popular* no domínio e controle<sup>601</sup> das capacidades governativas – em todos os níveis, graus e instâncias – é, então, requisito fundamental para a existência da democracia como direito de quarta geração.

Logo, para uma definição da identidade da *democracia direta* é fundamental que “o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumentos de

---

de intermediação representativa, as manifestações da vontade popular em seu mas subido [*sic*] grau de fidelidade, certeza e segurança?” (BONAVIDES, 1995, p. 320).

<sup>601</sup> “O grau de intensidade e profundidade desse controle mede também o alcance da vontade popular e estabelece a possibilidade de recolhê-la diuturnamente sem a interposição distorciva de vontades estranhas; é enfim, a captação da vontade do povo enquanto vontade efetivamente soberana, isenta da interferência contaminadora derivada de interesses grupais ou particularistas, desprovidos de laços concretos que os prendam ao bem comum e à execução e prevalência do legítimo interesse público, o que determina a natureza da democracia direta. A verticalidade da penetração e a horizontalidade de expansão dessa democracia em todos os domínios e esferas essenciais da Sociedade fazem valer assim, sem contraste, uma cidadania hegemônica, virtualmente senhora de seus destinos, ao mesmo passo que capacitada a chefiar o Estado, conduzir a administração e exercer o poder em toda a sua latitude, em ordem a eliminar qualquer contradição entre os princípios da legalidade e da legitimidade.” (BONAVIDES, 1995, p. 359-360)

controle da mesma<sup>602</sup>. Sem isso a participação será sempre ilusória”. O povo estará mais próximo da democracia direta, “a um passo talvez de sua plenitude” se forem utilizadas técnicas de votação ou manifestação da vontade como, por exemplo: o veto, a iniciativa popular, o plebiscito, o *referendum*. No entanto, isso só se torna possível se movimentações políticas de intermediação – com interesses não coincidentes com o bem comum – não descaracterizarem o sistema (BONAVIDES, 1995, p. 359; 354).

Para Santos (2003, p. 11), a *democracia participativa*<sup>603</sup>, também chamada de contra-hegemônica, faz parte de uma forma de globalização alternativa<sup>604</sup> que surge como reação à globalização neoliberal<sup>605</sup>. Ele, com Avritzer (2003, p. 44; 45), destaca que há várias concepções contra-hegemônicas de democracia das quais emerge uma nova gramática da organização da sociedade e da relação entre Estado e sociedade.

Nessa perspectiva, a relação entre a democracia participativa – contra-hegemônica – e a democracia representativa – hegemônica – não deve se restringir aos termos da “coexistência”, ou seja, à convivência de diferentes configurações procedimentais, de organização administrativa e de desenho institucional em distintos níveis (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 64-65).

---

<sup>602</sup> Nesse sentido, “só debaixo do controle dos mecanismos de consulta popular, de operatividade sempre disponível perante questões controvertidas ou outras que não o sejam, mas aparelhadas de elevado grau de relevância, onde a decisão soberana do povo se faz insubstituível para conferir legitimidade à ação governativa, é que o funcionamento das Casas Legislativas poderá ainda sobreviver com a finalidade complementar ou subsidiária de adequação efetiva à vontade popular” (BONAVIDES, 1995, p. 355-356).

<sup>603</sup> Não há pretensão de aprofundar a análise dessa teoria. Por isso, não se preocupará em detalhar os aspectos em que ela retoma a discussão sobre: procedimentalismo, os movimentos societários ou as escalas.

<sup>604</sup> Essa globalização contra-hegemônica é constituída pelas “redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais que nos diferentes cantos do globo se mobilizam para combater a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição do meio ambiente e da biodiversidade, o desemprego, as violações dos direitos humanos, as pandemias, os ódios inter-étnicos produzidos directa ou indirectamente pela globalização neoliberal” (SANTOS, 2003, p. 11).

<sup>605</sup> Interessante observar que os autores destacam “que na origem das concepções não hegemônicas de democracia é a mesma que está na origem da concepção hegemônica mas que recebe uma resposta diferente” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 44).

Sua relação deve dar-se no sentido de “complementaridade”, isto é, de articulação mais profunda entre os dois tipos de democracia. Para tanto, torna-se necessário o governo reconhecer a possibilidade de parte do processo representativo e deliberativo da democracia hegemônica ser substituído por novas configurações que se manifestem no procedimentalismo participativo, nos processos de deliberação pública, assim como nas formas públicas de monitoramento que permitam a inclusão no debate democrático de temas como a pluralidade cultural e a inclusão social (SOUSA; AVRITZER, 2003, p. 64-65). Torna-se claro que “em processos políticos complexos, a democracia participativa, em particular, pressupõe sempre a criação de instâncias de delegação e de representação”<sup>606</sup> (SANTOS, 2003a, p. 449).

Ultrapassa-se, então, a simples “inclusividade do debate entre representação e participação sustentada pelas teorias hegemônicas”. A complementaridade entre a democracia participativa e a representativa colabora para o aperfeiçoamento destas duas formas e indica, ainda, um dos caminhos da reinvenção<sup>607</sup> da emancipação social (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 60; SANTOS, 2003, p. 28).

A “participação societária”, elemento fundamental da *democracia participativa* e, assim, da nova gramática social – que contou, para o seu desenvolvimento, com o processo de democratização da década de 70 e que conta, ainda, com a atuação de novos atores sociais – consiste na participação ampliada de diferentes tipos de atores sociais nos processos decisoriais que, em geral, “implicam a inclusão de temáticas até então ignoradas pelo sistema político, a redefinição de identidades e pertenças

---

<sup>606</sup> O autor continua sua análise sobre o tema ao discorrer sobre a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre. Para ele, “a experiência do OP é eloquente a esse respeito. Como vimos, as estruturas básicas do OP visam uma articulação institucional, não só com as instituições da democracia representativa ao nível municipal (o Prefeito e o Executivo), mas também com as instituições representativas derivadas da democracia participativa ao nível da comunidade. Esta articulação entre participação/representação ao nível da comunidade requer uma reflexão cuidadosa que aqui não pode ser levada a cabo” (SANTOS, 2003, p. 449).

<sup>607</sup> O autor destaca tratar-se de dupla reinvenção, conforme já citado no tópico 1.2: “O objectivo deste percurso analítico foi formular um conjunto de interrogações radicais sobre as sociedades capitalistas contemporâneas e o sistema mundial que as integra, de forma a abrir caminho para a dupla reinvenção, exigida pela própria transição paradigmática, de um novo senso comum emancipatório e de uma nova subjectividade individual e colectiva com capacidade e vontade de emancipação.” (SANTOS, 2000, p. 331).

e o aumento da participação, nomeadamente ao nível local” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 60).

Na abordagem não se acolhem soluções universais que sejam aplicáveis a qualquer realidade (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 61), mas, independentemente do contexto no qual ela esteja presente, as potencialidades das novas tecnologias de informação e comunicação para promover a participação societária consistem em fator comum. Nesse sentido, Santos “não fecha os olhos para uma perspectiva transformadora possibilitada pelos novos agentes sociais que emergem das redes digitais” (OLIVO, 2004, p. 48-49).

Na teoria ora esboçada, a proposta de Habermas enquadra-se como concepção não hegemônica da democracia<sup>608</sup>. No entanto, para o autor, o novo paradigma jurídico não se forma no contexto de passagem da modernidade para a pós-modernidade<sup>609</sup>, mas sim do Estado Social<sup>610</sup> para o paradigma procedimental<sup>611</sup> que pretende ser neutro em relação a projetos de vida concorrentes e que não se adapta ao modelo de sociedade centrada no Estado (HABERMAS, 1997, p. 190; 10).

O paradigma jurídico procedimental volta-se para a proteção das “condições do procedimento democrático”. Ele pretende inserir os cidadãos que participam de discursos políticos voltados para a defesa de interesses “feridos” nos espaços abandonados “pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do estado social” (HABERMAS, 1997, p. 183).

---

<sup>608</sup> Nos países do Norte, essa concepção estaria presente, ainda, nas obras de Lefort e Catoriadis; e nas obras de Lechner, Nun e Bóron nos países do Sul (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 44-45).

<sup>609</sup> Para ele, a “modernidade é um projeto inacabado” (VIEIRA, 2005, p. 54).

<sup>610</sup> Para Habermas (1997, p. 170), essa passagem consistiria numa transformação rumo à edificação do Estado Democrático de Direito. Ele afirma: “até aqui, discuti o paradigma procedimental do direito tendo em vista a realização de certos direitos; no entanto, a nova compreensão do direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de direito em sociedades complexas. Podemos averiguar que a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração. A mudança estrutural da sociedade pôs à mostra o conteúdo jurídico objetivo inerente ao direito geral a liberdades iguais”.

<sup>611</sup> Habermas (1997, p. 147) destaca que: “Até o momento, o paradigma procedimentalista do direito, que visa elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado social, ainda não recebeu contornos bem definidos”. No entanto, ele indica em quais premissas ele se apoia.

A política deliberativa consiste no cerne do processo (HABERMAS, 1997, p. 18). Ela se funda no discurso<sup>612</sup> e na compreensão do “Estado democrático de direito como a institucionalização de pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”. A política deliberativa depende, assim, da institucionalização dos processos comunicacionais e do próprio jogo entre as opiniões públicas formadas informalmente e as deliberações institucionalizadas (HABERMAS, 1997, p. 181-182; 21). Dessa forma, a teoria do discurso acaba por elucidar a legitimidade<sup>613</sup> do direito e a racionalidade dos processos de sua criação e aplicação (HABERMAS, 1997, p. 153).

Na proposta de democracia procedimental e discursiva de Habermas, a participação recebe especial atenção e é elaborada com base em duas categorias que passaram a ter grande destaque nos debates sobre democracia e participação: a esfera pública e a sociedade civil.

Para ele, a esfera pública é espaço não estatal e não institucionalizado no qual não há estrutura normativa capaz de estipular e diferenciar papéis e competências nem de regular a sua “pertença a uma organização, etc.”. Por caracterizar-se por “horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis”, ela tão pouco pode ser considerada um sistema (HABERMAS, 1997, p. 92). Ela pode ser descrita como

[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a

---

<sup>612</sup> É importante observar que, “Nesta linha, a teoria do discurso considera o sistema político como *um* sistema de ação ao lado de outros, não o centro, nem o ápice, muito menos o modelo estrutural da sociedade” (HABERMAS, 1997, p. 24).

<sup>613</sup> A questão da legitimação sofreu grandes alterações: “Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 171).

*compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. [...]. Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92, grifo do original)

O conceito de Habermas acerca da sociedade civil recebeu, e recebe, tanta atenção que nos dias atuais está elencado entre quatro grandes linhas teóricas. Ele encontra-se ao lado das linhas: neotocquevilliana, neoliberal e gramsciana (RONCATO, 2011, p. 26; 29).

Apesar da importância da abordagem, ela não se apresenta como teoria da sociedade civil. Esta foi desenvolvida por Cohen e Arato tomando-se por base a análise do conceito de Habermas<sup>614</sup> (VIEIRA, 2005, p. 58-60; RONCATO, 2011, p. 26; 29).

A intenção inicial de apresentar as teorias desses autores sobre *sociedade civil*<sup>615/616</sup>, junto de outras análises que também se destacam

---

<sup>614</sup> Para Habermas (1997, p. 99), a sociedade civil “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas condensa-se e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política”. Para aqueles que têm interesse em aprofundar o estudo da temática, devem ter em mente o processo de diferenciação das estruturas de racionalidade, que ocorreu na modernidade ocidental e que, segundo Habermas, dissociou as estruturas sistêmicas das estruturas comunicativas do mundo da vida. E que nessa perspectiva “no sistema, o público é o Estado, o privado é a economia. No mundo da vida, o público é a participação política dos cidadãos, e o privado é a família” (VIEIRA, 2005, p. 56).

<sup>615</sup> Depois de abordagens como as de Hegel, Marx e Gramsci, a noção de sociedade civil muda consideravelmente a partir dos anos 70. No entanto, o seu ressurgimento no cenário político e teórico se dá principalmente nos anos 80 (VIEIRA, 2005, p. 52-53; 48; NOGUEIRA, 2003, p. 187-189).

<sup>616</sup> Para Vieira (2005, p. 44), “o ressurgimento contemporâneo do conceito de sociedade civil tem sido interpretado como a expressão teórica da luta dos movimentos sociais contra o autoritarismo dos regimes comunistas e das



nos debates que envolvem o tema<sup>617</sup>, mostrou-se inviável não apenas pela extensão e variedade de abordagens existentes, mas, principalmente, em virtude de tal categoria – *sociedade civil* – não estar incluída entre os conceitos concernentes à teoria de base selecionada para este trabalho. A ideia é mencionar que a proposta participativa da presente tese não se identifica com o conceito e apontar como ele tem sido apropriado por discursos variados, de cariz tanto social quanto liberal. Essa ressalva torna-se urgente visto que *sociedade civil*, no senso comum e, por vezes, em trabalhos acadêmicos, costuma receber, de imediato, carga valorativa positiva.

Embora o conceito *sociedade civil*, em si, não seja variável específica a ser trabalhada na tese, a problemática acerca dos inúmeros significados torna-se fundamental. Sob esse aspecto ganha relevo a análise de Nogueira (2003, p. 186)<sup>618</sup> que discorre sobre a perda de precisão de tal conceito em virtude da grande disseminação e consequente colocação tanto no senso comum quanto no imaginário político e na mídia contemporâneos. O que permitiu a sua apropriação e utilização para defesa de pontos de vista muito distintos como, por exemplo, a defesa da autonomia dos cidadãos e do comunitarismo, de um lado, e a justificação de programas de desestatização e ajuste nos quais a sociedade civil passa a compartilhar incumbências que então eram do Estado, de outro. Nesse sentido:

A sociedade civil serve para que se faça oposição ao capitalismo e para que se delineiem estratégias de convivência com o mercado, para que se proponham programas democráticos radicais e para que se legitimem propostas de reforma gerencial no campo das políticas públicas. Busca-se apoio na idéia tanto de projetar um Estado efetivamente democrático como para se atacar todo e qualquer Estado. É em nome da sociedade civil que muitas pessoas questionam o excessivo poder governamental ou as interferências e regulamentações feitas pelo aparelho de Estado. Apela-se para a socie-

---

ditaduras militares em várias partes do mundo, especialmente no Leste europeu e na América Latina”.

<sup>617</sup> Como, por exemplo, as referências de Santos e, ainda, a de Bobbio, já citada no tópico 1.1.

<sup>618</sup> Na descrição que faz sobre a sociedade civil em sua tese, Horochovski refere-se à análise de Marco Aurélio Nogueira (HOROCHOVSKI, 2007, p. 86-88).

dade civil com o propósito de recompor as “virtudes cívicas” inerentes à tradição comunitária atormentada pelo mundo moderno, assim como é para ela que se remetem os que pregam o retorno dos bons modos e dos bons valores. É em seu nome que se combate o neoliberalismo e se busca delinear uma estratégia em favor de uma outra globalização, mas é também com base nela que se faz o elogio da atual fase histórica e se minimizam os efeitos das políticas neoliberais. Muitos governos falam de sociedade civil para legitimar programas de ajuste fiscal, tanto quanto para emprestar uma retórica modernizada para as mesmas políticas de sempre, assim como outros tantos governos progressistas buscam sintonizar suas decisões e sua retórica com as expectativas da sociedade civil. (NOGUEIRA, 2003, p. 186)

Essas questões não poderiam passar despercebidas. Elas são essenciais para o presente trabalho e para todos os demais que fazem utilização do termo em análise. Por isso, é necessário esclarecer, em cada caso, a qual *sociedade civil* se está referindo. Para que fique evidente qual é o projeto político que a acompanha.

Mesmo sem haver pretensão de trabalhar as várias conceituações de tal palavra, é importante destacar duas vertentes que têm se destacado no contexto das alterações políticas e jurídicas relatadas no final do tópico 1.2<sup>619</sup>. Ambas são mencionadas por Nogueira que, considerando, dentro outros fatores, o universo gerencial e a globalização, as denomina de: “*sociedade civil liberista*” e “*sociedade civil social*”<sup>620</sup>.

Na “*sociedade civil liberista*” o comando está nas mãos do mercado. “A luta social faz-se em termos competitivos e privados, sem maiores interferências públicas ou estatais”. No Brasil, a proposta de Bresser Pereira e Cunill Grau enquadra-se em versão atenuada dessa vertente, uma perspectiva “liberal-social”, na qual a *sociedade civil* configura-se como “setor público não-estatal”. Cenário em que ela se constitui de organizações chamadas de “públicas” pelo fato de estarem voltadas ao interesse geral e que são “não estatais” por não fazerem parte do aparelho do Estado (NOGUEIRA, 2003, p. 192).

<sup>619</sup> Sobre as reformas neoliberais e, assim, da própria Administração Pública.

<sup>620</sup> Ressalta-se, ainda, que é possível verificar em qual vertente cada conceito específico de sociedade civil se enquadra ou a qual delas ele se aproxima.

Em desdobramento de ordem mais “prática” de tal perspectiva, que foi incorporada por debates sobre planejamento e gestão, a *sociedade civil* passou a ser vista como local privilegiado de participação no âmbito gerencial. Um espaço “neutro” agora ocupado por associações não governamentais que passaram a exercer intervenções sociais “privadas” e sem fins lucrativos. Isso levou a redefinição da tese da participação “em termos de cooperação com os governos, gerenciamento de crises e implementação de políticas”<sup>621</sup> (NOGUEIRA, 2003, p. 193).

Já na “*sociedade civil social*”, apesar de a política estar presente e de garantir espaço privilegiado, ela nem sempre comanda. “A luta social muitas vezes exclui a luta institucional e com ela se choca, impossibilitando ou dificultando o delineamento e a viabilização de estratégias de poder e hegemonia”. Aqui a *sociedade civil* se recusa a fazer parte do institucional – do sistema político e partidário – já que é considerada maior do que este e, além disso, imune às típicas degradações e desvios<sup>622</sup>. Além disso, por meio dela, seria possível disciplinar instituições como o Estado e o mercado. Ela exerce a função de intermediação entre o sistema político e os grupos sociais para a formação da “vontade pública” com capacidade de se institucionalizar, algo que se aproxima de algumas ideias de Habermas (NOGUEIRA, 2003, p. 193-194).

As noções acerca de sociedade civil e do espaço público, assim como aquelas sobre democracia participativa, democratização e participação, dentre outras questões até aqui levantadas, permitem a constatação de que, independentemente do conceito adotado, de uma maneira ou de outra, a *participação* aparecerá em muitos debates e teorias elaboradas em torno: da crise do Estado Social; do resgate da legitimidade do direito e do Estado; da reestruturação do Estado e da Administração Pública; e, ainda, em torno de nova teoria da Constituição. O que indica

---

<sup>621</sup> Citando Coelho, Bresser Pereira e Cunill-Garu, Marco Aurélio Nogueira (2003, p. 193) afirma que: “Esse conceito de sociedade civil estará na base teórica do chamado ‘Terceiro setor’, entendido como um vasto conjunto de organizações sociais voltadas para o atendimento de necessidades e carências de certos segmentos da população e unidas por uma mesma legislação regulatória”.

<sup>622</sup> “Seus personagens típicos são os atores que operam na fronteira do Estado: os novos movimentos sociais, fortemente concentrados na vocalização de metas não ‘materiais’, tópicas e particulares, muitas vezes concebidas como ‘políticas de identidade’ (étnicas, religiosas, culturais, de gênero). Age-se, aqui, para usar o Estado tendo em vista a reforma social. A orientação supra-institucional soma-se a uma orientação tendencialmente supranacional.” (NOGUEIRA, 2003, p. 193-194)

que ela ergueu-se e tem se sustentado como categoria fundamental no quadro jurídico-político desenhado na fase de transição paradigmática traçada no tópico 1.2.

O debate sobre a crise, (re)estruturação do Estado e a (re)definição do seu papel acaba por envolver a discussão sobre a reforma e (re)estruturação da Administração Pública e das suas atividades de gestão. Realidades que se conformam, como se pôde analisar nos tópicos 1.1 e 1.2, ao contexto paradigmático de cada época.

A configuração e a evolução do modelo de Estado Social a partir de fins da modernidade já havia sido responsável por mudanças no quadro dos três poderes estatais e pelo consequente enquadramento do Estado, na versão do que se denominou na pós-modernidade de Estado Democrático de Direito, como Estado administrativo<sup>623</sup>. Isso porque, apesar de o poder legislativo ter apresentado aumento na atividade, houve grande destaque e crescimento da ação do poder executivo que passou a atuar, cada vez mais, por meio de outros instrumentos que não a lei. Ou seja, passou a atuar por meio de atos e contratos administrativos (CLÈVE, 1993, p. 49-50).

A atenção voltada ao Poder Executivo ocorreu em virtude do alargamento das funções estatais com o fim de realizar o bem-estar social, contexto em que ganharam espaço e importância as questões relacionadas à burocracia. No entanto, considerando as transformações paradigmáticas que foram ocorrendo durante, e mesmo após, o período de expansão do modelo social de Estado<sup>624</sup>, o tema da burocracia passou a receber novo tratamento.

Nesse sentido, surgiram preocupações em torno da necessidade de se (re)pensar a gestão administrativa para além daquela tradicional concepção de gestão burocrática que propõe “uma solução homogênea para cada problema, a cada nível de gestão, no interior da jurisdição ad-

---

<sup>623</sup> Considerando-se o contexto, Clève (1993, p. 139) discorre sobre o poder regulamentar do poder Executivo. Poder que não se pode confundir com “Estado regulador”, típico das reformas abordadas no tópico anterior. O poder regulamentar diz respeito às funções executivas do Estado. Para o autor: “O fundamento formal do poder regulamentar atribuído ao Executivo encontra-se hoje na Constituição. O Executivo exerce a faculdade regulamentar porque autorizado pelo Constituinte. Por isso que, na França, na Espanha, em Portugal, na Itália e no Brasil, pode o Poder Executivo expedir regulamentos para facilitar a execução das leis.”.

<sup>624</sup> Períodos pelos quais passou o Estado Social já foram identificados nos tópicos 1.1 e 1.2.

ministrativa”. Esse é o posicionamento de Santos e Avritzer (2003, p. 42), os quais consideram que esse modelo já não corresponde aos problemas administrativos atuais, que estão a exigir soluções plurais e a coordenação de grupos diferentes na mesma jurisdição<sup>625</sup>. Nesse cenário,

O conhecimento detido pelos actores sociais passa, assim, a ser um elemento central não apropriável pelas burocracias para a solução de problemas de gestão. Ao mesmo tempo, torna-se cada vez mais claro que as burocracias centralizadas não têm condição de agregar ou lidar com o conjunto das informações necessárias para a execução de políticas complexas nas áreas sociais, ambiental ou cultural (Sabel e Karrainen, 2000). Aí residiria o motivo da reinserção no debate democrático dos designados ‘arranjos participativos’. (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 42)

Começaram a aparecer e a serem disseminados diferentes trabalhos teóricos voltados para a questão da democratização da administração pública. Foi o momento em que a participação social começou a ser pensada e sugerida para esse espaço anteriormente restrito à burocracia.

Apesar da diferença da abordagem de Santos e Avritzer em comparação à elaborada por Bobbio (2000, p. 70)<sup>626</sup>, este não deixa de mencionar a necessidade de democratização da administração pública. Ele afirma que tanto a administração quanto a empresa, dois grandes conjuntos de poder descendente e hierárquico das sociedades complexas, nem sequer se aproximaram do processo de democratização. Daí a necessidade de tais espaços serem ocupados pela *democracia social*<sup>627</sup>, ou seja, de abrirem-se para a participação dos interessados. Algo que o autor considera ainda estar distante e incerto.

---

<sup>625</sup> Os autores fazem menção a Sabel e Zeitlin.

<sup>626</sup> Conforme já explicado acima, aqueles autores propõem teoria contra-hegemônica e consideram Bobbio como referência da teoria hegemônica. Recorda-se que Bobbio (2000, p. 38-39) afirma que “A democracia representativa, que é a única forma de democracia existente e em funcionamento, é já por si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia”. E que parte de uma definição procedimental de democracia que tem Joseph Schumpeter como um de seus grandes inspiradores.

<sup>627</sup> Já explicada no início deste título.

Para Bucci (2006, p. 39, 40), o problema consiste no modelo legado pela teoria liberal que incumbiu à Administração, como tarefa burocrática, definir o conteúdo do(s) interesse(s) público(s). Não sendo previstos canais pelos quais se poderiam expressar as escolhas políticas que “deveriam alimentar as alternativas facultadas ao administrador público, no âmbito do exercício discricionário do seu poder”<sup>628</sup>.

No âmbito específico da participação na Administração, ganham relevo três obstáculos que, segundo Bobbio (2000, p. 46-48), inviabilizaram o cumprimento das promessas<sup>629</sup> do projeto político democrático nas sociedades complexas. A burocracia, historicamente interligada com o Estado democrático, seria um deles. Para o autor, a burocratização foi consequência do próprio processo de democratização. E isso fica evidente diante do corrente abatimento do Estado de serviços que esconde a intenção de reduzir os limites do poder democrático<sup>630</sup>.

Outro obstáculo por ele citado consiste no impasse entre democracia x tecnocracia. De um lado, os avanços científicos e técnicos alcançados até então exigiriam a atuação de especialistas, de expertos, de técnicos. E, de outro, a democracia estaria sustentada na participação de todos a respeito de tudo. Assim, como leigos ou “homens médios” poderiam deliberar sobre problemas cada vez mais complicados e especializados? Por isso, Bobbio (2000, p. 46) afirma que democracia e tecnocracia são antitéticas<sup>631</sup>.

---

<sup>628</sup> Nessa passagem a autora faz referência a Marques.

<sup>629</sup> Para ele há seis promessas não cumpridas em virtude de o projeto político democrático ter sido previsto para sociedades muito menos complexas que as atuais: 1) o nascimento da sociedade pluralista; 2) revanche dos interesses; 3) resistência das oligarquias; 4) o espaço limitado; 5) o poder invisível; 6) o cidadão não educado (BOBBIO, 2000, p. 43; 46). Bobbio (2000, p. 49-50) destaca que se ocupou “das dificuldades internas das democracias e não das externas. Pois bem, a minha conclusão é que as promessas não cumpridas e os obstáculos não-previstos de que me ocupei não foram suficientes para ‘transformar’ os regimes democráticos em regimes autocráticos. A diferença substancial entre uns e outros permaneceu. O conteúdo mínimo do Estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo.”

<sup>630</sup> Nesse sentido, Bittar (2009, p. 435) afirma que: “A reengenharia do poder e da máquina burocrática é um tema de desenvolvimento nacional”.

<sup>631</sup> Para Bento (2003, p. 225-226), “o problema está em que os requisitos para politizar as relações entre a esfera pública e burocracia estatal – os quais

A ingovernabilidade da democracia também aparece como obstáculo. Aqui residiria a falta de capacidade dos governos em dar resposta às demandas da sociedade, agora livre e emancipada, que são cada vez maiores, mais diversificadas, urgentes e onerosas. O autor sintetiza a dificuldade da seguinte maneira: “a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil; a autocracia, ao contrário, está em condições de tornar a demanda mais fácil e dispõe de maior facilidade para dar respostas” (BOBBIO, 2000, p. 48-49).

Ao quadro e às dificuldades a serem enfrentadas no âmbito da temática da participação na Administração Pública<sup>632</sup>, devem ser acrescentadas aquelas resultantes das mudanças provenientes das reformas administrativas.

A esse respeito, deve-se recordar, em primeiro lugar, que, apesar da crise pela qual o Estado vem passando desde a década de 70, ele ainda se configura como Estado Democrático de Direito que tem deveres relativos à proteção e concretização dos direitos fundamentais, não podendo, por isso, simplesmente repelir o caráter prestacional.

Não se pode olvidar, também, que no âmbito administrativo as reformas neoliberais implementadas inicialmente por volta dos anos 70, sob a perspectiva de desregulamentação e, posteriormente, nas décadas de 80 e 90, sob a da regulação, colocaram novos tipos de desafios para o cumprimento dos deveres estatais ora citados.

Para Leal (2006, p. 152-153), verifica-se atualmente a emergência de Estado que assume novas funções enquanto abandona outras tra-

---

coincidem com os requisitos do procedimento democrático: a discussão e deliberação com base em argumentação racionais sobre uma agenda aberta à tematização num ambiente de igualdade política e inclusivo de novos participantes – colidem frontalmente com os imperativos técnicos da burocracia calcados na hierarquia e no controle da discricionariedade. [...]. O desafio da democracia é conciliar suas próprias exigências com os limites técnicos de uma atuação eficiente e com a preservação da res publica. Com efeito, é clássica a dicotomia entre política e administração, a primeira voltada para os fins e a segunda para os meios de execução. A questão que se coloca no presente estudo é se a democracia e a eficiência podem compatibilizar suas exigências enquanto dividem um mesmo espaço, ou se, pelo contrário, conforme acreditava Weber, a sujeição da burocracia a imperativos políticos e democráticos apenas pode ocorrer mediante o controle do parlamento e do governo ao estabelecerem os objetivos a serem alcançados.”

<sup>632</sup> Recordar-se que Bobbio fala de tais obstáculos tendo em vista não a Administração em si, mas o projeto político democrático.

dicionais. Nova configuração na qual deixa de produzir serviços e bens e passa a induzir e regular o desenvolvimento. Transformação que, em sua opinião, é feita por ação institucional ágil, inovadora e democrática de compartilhamento de responsabilidades com o tecido social.

Bento (2003, p. 235; 241-242) cita a situação não como compartilhamento, mas como “transferência de responsabilidade de prestação de serviços públicos para entidades sem fins lucrativos, vale dizer, organismos que não pertencem à estrutura administrativa do Estado, nem podem, pela lógica com que operam e por seus objetivos, ser considerados como agentes econômicos de mercado”. Dentre essas entidades enquadra-se o “terceiro setor” ou o “setor público não estatal”. O autor considera a prática como um dos eixos condutores das reformas do Estado. Reorganização que, com a proposta de administração pública gerencial, acaba por promover grande inversão. Nesse modelo não é mais o Estado quem presta serviços sociais sob a fiscalização social, da opinião pública ou mesmo da esfera política. São as organizações que passam a assumir tais prestações sob a fiscalização estatal.

O autor afirma, ainda, que o destaque concedido a tal transferência pelas reformas neoliberais não demonstra, em si, nenhum “fortalecimento da capacidade de autogestão social, muito menos de democratização da sociedade civil, significando, pelo contrário, na maioria dos casos, uma privatização disfarçada”<sup>633</sup>. Para ele, as instituições e as relações sociais se fortalecem mediante a atuação do Estado voltada para garantir o exercício da cidadania e, assim, a concretização dos direitos fundamentais. No modelo acima descrito, que ele denomina de neoconservador, a sociedade civil só se destaca e é valorizada em razão da retirada das responsabilidades do Estado e pela valorização de seus defeitos (BENTO, 2003, p. 179-180).

Do exposto é possível verificar que tanto Leal quanto Bento, apesar de abordagens diferentes, estão a referir-se, nessas passagens, à atuação de novos sujeitos no âmbito administrativo estatal. Percebe-se também que em ambas as análises os sujeitos se enquadrariam no conceito de *sociedade civil liberista*, citado anteriormente do trabalho de Nogueira. Trata-se, em verdade, de configuração já efetivada em muitos países, como é o caso do Brasil.

---

<sup>633</sup> “Para tanto, faz-se mister uma burocracia de novo tipo, mais orientada para o diálogo, para o consenso e para a negociação, disposta mais a facilitar que decidir, que busque resolver problemas através de aproximações sucessivas e não de uma só vez.” (BENTO, 2003, p. 226)



Nesses casos, visto que a prestação de serviços já não é executada apenas por órgãos da administração, mas também por outras entidades do “terceiro setor”, é importante diferenciar a participação na administração daquela que ocorre nas atividades administrativas transferidas para aquele novo setor. Apesar da diferença, nas duas ocasiões deve-se ter em vista a estruturação em conformidade com os procedimentos democráticos (BENTO, 2003, p. 238).

A doutrina adota várias formas de classificação para as diferentes espécies de participação a serem utilizadas no âmbito da Administração<sup>634</sup> (FERREIRA, 2006, p. 26). Assim, cabe, mais uma vez, esclarecer que se fará exposição exemplificativa e sem intenção de adotar uma ou outra teoria.

Para Pereira (2008, p. 65), a aproximação da “*sociedade civil*” ao aparelho estatal e à gestão da dimensão pública e, assim, a retirada do monopólio do Estado nesse setor, consiste na terceira viragem histórica<sup>635</sup> – a viragem *pública* – resultante do relacionamento entre Constituição e democracia. Nesse sentido, ele afirma que

O reconhecimento constitucional dessa nova esfera pública teve como resultado a difusão das oportunidades de gestão *pública* das questões de interesse político, permitindo a abertura de vias alternativas de debates, influências e participação formal no processo decisional. Em especial, as instâncias representativas estatais foram obrigadas a saírem *[sic]* do seu isolamento e a conviver com arenas e institutos participativos. (PEREIRA, 2008, p. 65-66)

O seu conceito de esfera pública não coincide com aquele descrito por Habermas que, ao reduzir esse espaço ao lugar e rede de

---

<sup>634</sup> Esse autor afirma que a participação administrativa é aquela “resultante do quadro do exercício da função administrativa. E a sistematização por ele adotada divide a esse tipo de participação em três tipos: a participação interna, a participação interorgânica e a participação externa” (FERREIRA, 2006, p. 26).

<sup>635</sup> A primeira viragem, a eleitoral, foi marcada pela adoção do sufrágio universal e a segunda, a social, pela obrigação constitucional de o Estado promover a igualdade social (PEREIRA, 2008, p. 64-65). Abordou-se a primeira “viragem” no tópico 1.1, e a segunda “viragem” no 1.2. No presente tópico dedicar-se-á à terceira “viragem”.

*influência* sobre as instâncias formais, parece, a seu ver, pouco adequado. Para ele, a concepção de esfera pública deve restaurar o equilíbrio entre os princípios representativos e participativos em busca da aproximação entre a esfera de atuação dos atores sociais e a esfera política. Assim, o autor afirma que uma proposta séria sobre o tema deve “conceber os *canais de comunicação discursivos participativos* também sob o enfoque formal e institucional, já que a semântica da decisão deve ser ressaltada ao lado da semântica da *influência*” (PEREIRA, 2008, p. 188-189).

A ideia de espaço decisional alternativo, como o é a esfera pública, envolve, necessariamente, a atuação de atores alternativos. E aqui se faz menção aos “novos movimentos sociais”, às “organizações voluntárias e comunitárias”, às “entidades do terceiro setor” e às organizações não governamentais como denominações fornecidas aos fenômenos que emergem num contexto de revisão da operacionalidade da democracia. Esses “novos sujeitos sociais, sobretudo as associações civis, são considerados, assim, peças fundamentais da democracia contemporânea” (PEREIRA, 2008, p. 193-201).

A proposta do autor acima se diferencia daquelas apresentadas nas passagens de Leal e de Bento. Apesar de referir-se ao enfoque institucional e formal dos canais de comunicação, sua proposta, por incluir a atuação dos atores alternativos em contexto decisional, *se aproxima* mais com a *sociedade civil social* conceituada com base no trabalho de Nogueira anteriormente do que com a *liberal*.

A consideração pode ser confirmada nas explicações dadas pelo próprio autor acerca do grande dilema que envolve tal participação. Nesse sentido, ele destaca que o problema reside no fato de aquelas associações ora mencionadas terem força em virtude de sua não formalização ou pouca formalização – o que lhes permite maior flexibilidade e independência –, ao mesmo tempo em que só podem atuar de forma plena se integrarem processos formalizados, ou seja, institucionalizados de participação e decisão vinculante, “aonde a necessidade de regulamentação jurídica atende aos imperativos de *transparência* e da *responsividade*” (PEREIRA, 2008, p. 209).

Leal (2006, p. 68)<sup>636</sup> chama atenção para a urgência em se instituir

---

<sup>636</sup> Além de fundamentar sua proposta na teoria de Jürgen Habermas, o autor também faz muitas referências a Santos, como o faz, por exemplo, nas páginas 53 e 54. No entanto, é importante lembrar que apesar de Santos considerar a teoria de Habermas como modelo contra-hegemônico, ele tece

uma “Administração Pública Democrática de Direito”. Propõe, para tanto, uma tese denominada “gestão compartilhada”<sup>637</sup>,

[...] uma gestão pública que se legitima tão-somente na medida em que garante as condições formal-programáticas de possibilidades para uma política deliberativa-popular e, desta maneira, à construção do entendimento racional na esfera pública. (LEAL, 2006, p. 55)

Esse trabalho se ocupa em pensar nas “estratégias para potencializar a Administração Pública como um efetivo espaço de interlocução, de deliberação e execução compartilhada de políticas públicas” (LEAL, 2006, p. 78).

A proposta baseia-se na teoria habermasiana de *esfera pública* e ação comunicativa. Reforça, assim, a importância de democracia procedimental e substancial no âmbito administrativo. Trata da abertura de espaço de interlocução entre a sociedade civil organizada e as instituições tradicionais e destaca que “a instância formal de representação comunitária pode e deve instituir um espaço permanente de interlocução com a instância informal de apresentação [*sic*] desta mesma comunidade, e deles todos com o Estado Administrador” (LEAL, 2006, p. 78; 60-61; 55; 73).

A tese de Leal, no todo, diferentemente da passagem de sua obra utilizada há pouco, tende mais para o conceito de *sociedade civil social* do que para o de *sociedade civil liberista*. No entanto, apesar dessa inclinação, o fato de o autor citar instrumentos já formalizados pela legislação brasileira dentre os exemplos de instrumentos de gestão compartilhada faz com que sua proposta não se enquadre no conceito de *sociedade civil social*.

---

críticas a respeito de sua adequação aos países do norte (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 45).

<sup>637</sup> Para ele, a sua proposta de trabalho “ganha fôlego e legitimidade na medida em que os modelos de democracia representativa ou participativa institucionais não têm dado respostas satisfatórias ao tema da participação social na administração das demandas públicas emergentes, porque, primeiro, não contam com um adequado diagnóstico do fenômeno político das relações sociais contemporâneas (desconsiderando a complexidade dos múltiplos aspectos de sua configuração) e segundo, porque carecem de uma teoria filosófica e política de base capaz de alcançar o maior número de variáveis que estão presentes na formatação de tais relações” (LEAL, 2006, p. 15).

O próprio Habermas (1997, p. 184-185), citado por tantos autores, refere-se diretamente à democratização da administração pública. Ele considera, diante da fragilidade do direito regulador nesse setor, que,

Na moderna administração de prestações, avolumam-se os problemas a exigirem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Para elaborá-los de modo racional, tornam-se necessários discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação, os quais extrapolam o quadro profissional de um procedimento pragmático e tarefas. Nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental. Neste sentido, a imagem da fortaleza ‘sitiada’ democraticamente, que aplico ao Estado, pode induzir a erro. Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. No entanto, é necessário perguntar se tal ‘democratização’ da administração – que ultrapassa o simples dever de informar e que complementou o controle parlamentar e judicial da administração a partir de dentro – implica apenas a participação decisória de envolvidos, a ativação de *ombudsman*, de processos análogos ao tribunal, de interrogatórios, etc., ou se implica, além disso, outros tipos de arranjo num domínio tão suscetível a estorvos e onde a eficiência conta tanto. Tudo isso é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional, como a experimentação cuidadosa. No entanto, práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos de legislação ou da jurisdição.

Outra abordagem que ganhou destaque no tratamento da participação no âmbito administrativo – que em alguns pontos se comunica

com a transcrição acima efetuada – foi a de Häberle. Apesar do contexto de crise do Estado e de reformas administrativas que desfavorecem o Estado Social e assim o exercício de suas atividades prestacionais, a teoria acerca do direito de participação no procedimento tem em vista a necessidade de proteção dos direitos básicos no Estado prestacional.

Ele parte da consideração de que tais direitos, que requerem leis de governabilidade e, mais especificamente leis de organização e de procedimento, não podem ser protegidos unicamente por proteção jurídica *a posteriori*. E explica que, por serem direitos concretizáveis por “procedimentos”, os direitos básicos adquirem relevância constitutiva por meio do que ele denomina “*status activus processualis*”, que diz respeito ao direito de participação no procedimento decisório de competência dos poderes públicos (HÄBERLE, 2002, p. 218; 199; 203; 198).

Outros autores que se dedicam ao estudo dos direitos fundamentais adotam ou fazem menção ao trabalho de Peter Häberle<sup>638</sup>. Como exemplos, têm-se: Canotilho (2008b, p. 73-74); Alexy (1997); Sarlet (2010, p. 196; 198); Ferreira (2006, p. 165-187); Andrade (2010).

A participação no âmbito administrativo também é mencionada por Bonavides (2009, p. 355; 66). Ele afirma que na democracia direta, ou seja, nesse direito de quarta geração, não apenas as leis, mas também cada ato administrativo que tenha superior interesse público deve estar sujeito à iniciativa e à sanção do povo dirigente. Para ele, o Estado Democrático de Direito, visto como nova forma de organização do poder,

---

<sup>638</sup> Tendo em vista essa teoria desenvolvida por Häberle, Sarlet (2010, p. 197, 198) afirma que, “Ao passo que, entre nós, este tema não tem sido contemplado com a atenção da doutrina, ao menos não sob o ângulo pelo qual ora o enfrentamos (ainda que de forma virtualmente tangencial), verifica-se que mesmo na doutrina alienígena não existe qualquer consenso sobre a matéria. Em que pese o reconhecimento praticamente uniforme da importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (ou da organização e procedimento para os direitos fundamentais), a doutrina e a jurisprudência constitucional germânicas – a quem se deve tributar o desenvolvimento destes aspectos –, quando se cuida de admitir direitos fundamentais subjetivos a prestações normativas nesta esfera, revela-se além de extremamente controversa, preponderantemente recalcitrante neste particular. Trata-se, por outro lado, de problema que abrange tanto as normas constitucionais que expressamente prevêm obrigações do Estado nesta seara (que, segundo alguns, teriam sua eficácia restringida à esfera jurídico-objetiva) quanto o reconhecimento de direitos não-escritos, com base em outras normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.”.

se caracteriza pelo princípio democrático de participação na condução do aparelho estatal.

Do exposto até o momento, percebe-se a relevância do tema *participação* para os debates e propostas de (re)estruturação do Estado e do direito na pós-modernidade<sup>639</sup>. As transformações dessa fase – descritas no tópico 1.2 – foram responsáveis, ainda, pela inclusão do tema em arenas até então dominadas pela burocracia, pelo discurso técnico e especializado. É o que se tem verificado no âmbito da Administração Pública que, cada vez mais, é chamada a se democratizar.

Para Rodríguez-Arana (2006, p. 9), a participação cidadã é atualmente questão fundamental da agenda administrativa mundial. Há facilidade em discorrer sobre a importância dessa participação como forma de melhorar a definição, a execução e a avaliação dos interesses públicos. No entanto, ele destaca que há, por outro lado, dificuldade em se encontrar fórmula capaz de proporcionar espaços maiores e mais livres para tal participação.

Na tentativa de superar essa dificuldade, surgem diferentes propostas acerca dos *mecanismos/instrumentos* de participação<sup>640</sup>. No entanto, deve-se visar que alguns instrumentos nem são tão novos e nem sempre foram utilizados em nome da efetivação da democracia e da participação.

---

<sup>639</sup> “Também nos estudos acerca da globalização, a participação tem sido eleita o princípio fundamental para a criação de vias alternativas e soluções mais democráticas aos impasses dela decorrentes. As expressões ‘sociedade civil global’, ‘cidadania planetária’, ‘democracia normativa’, ‘globalização ascendente’, ‘localização’, ‘sinarquia global’ refletem direta, ou indiretamente, o princípio participativo como fonte inspiradora das intervenções corretivas dos ‘males’ da globalização.” (PEREIRA, 2008, p. 158)

<sup>640</sup> Ressalta-se que: “*En todo caso, no es materia sencilla y carente de controversia calificar un mecanismo o proceso concreto como de participación ciudadana o de democracia participativa. Algunos pueden resultar menos problemáticos, así, por ejemplo, parece cuestión clara que un referendo es un instrumento de la democracia participativa, pues en él parecen cumplirse los requisitos formales a los que se hacía referencia anteriormente. Pero puede resultar más complicado decidir si unos presupuestos participativos o un núcleo de intervención participativa son instrumentos de la democracia participativa o de la categoría más amplia de la participación ciudadana y, a veces decidir una cosa o la otra puede depender de algo tan subjetivo como una impresión personal del observador sobre la complejidad del procedimiento realizado en dicho instrumento, sin ir más lejos.*” (NÁRDIZ, 2010, p. 147)

O referendo, por exemplo, esteve previsto:

Já desde o século XVII como mecanismo de participação popular e assim as Constituições revolucionárias francesas dos anos Iº, IIº e IIIº seriam ratificadas mediante consultas populares. O artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já previa o direito do cidadão a participar diretamente na formação da lei e a Constituição Jacobina de 1793 foi a que pela primeira vez recorreu às consultas populares. (NÁRDIZ, 2010, p. 176)<sup>641</sup>

Também desde 1789 se recorre à utilização do referendo nos Estados Unidos para aprovar as Constituições estatais<sup>642</sup> (NÁRDIZ, 2010, p. 66). Na Suíça, o mecanismo teve destaque já no século XIX (CAENEGEM, 2009, p. 291-292).

Instrumentos de democracia participativa, como complemento da representativa, foram previstos, similarmente, na Constituição de Weimar de 1919, na austríaca de 1920 e na espanhola de 1931. Na Constituição de Weimar, encontram-se, por exemplo, os seguintes mecanismos de democracia participativa: a iniciativa legislativa popular e diferentes modalidades de referendo<sup>643</sup> (NÁRDIZ, 2010, p. 165; 91). Com o constitucionalismo do pós-45 tais instrumentos passaram a constar nas Constituições dos Estados democráticos de direito.

Em relação ao uso histórico de tais instrumentos, recorda-se que a ditadura pessoal de Napoleão Bonaparte, instaurada por volta de 1800, caracterizou-se como regime popular por ter lançado mão de vários plebiscitos. E que com a utilização desses instrumentos confirmou-se a

---

<sup>641</sup> Tradução livre de: “*ya desde el siglo XVII como mecanismo de participación popular y así las Constituciones revolucionarias francesas de los años Iº, IIº y IIIº serían ratificadas mediante consultas populares. El artículo 6º de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 ya previa el derecho del ciudadano a participar directamente en la formación de la ley y la Constitución Jacobina de 1793 fue la que por primera vez recogió las consultas populares*” (NÁRDIZ, 2010, p. 176).

<sup>642</sup> Em relação a esse ano, o autor refere-se ao estado de Massachusetts. Caminho que depois foi seguido por outros estados do mesmo país.

<sup>643</sup> Como referência histórica incluem-se também, a participação na Comuna de Paris, em 1871, e as assembleias populares da Suíça (NÁRDIZ, 2010, p. 87; 73).

ascensão e popularidade de Hitler (CAENEGEM, 2009, p. 271; 336). Canotilho<sup>644</sup> expõe, ainda, que a herança do plebiscito na república de Weimar intensifica as dúvidas acerca da sua vocação democrática, assim como dos demais mecanismos citados (CANOTILHO, 2000, p. 292; 295).

Nárdiz (2010, p. 173; 149; 175; 186) divide os instrumentos da democracia participativa em duas grandes categorias. A primeira, de aplicação geral, concentra instrumentos mais tradicionais da democracia participativa: o referendo, a iniciativa popular, o plebiscito, a revogação de mandato e a apelação de sentença. A segunda, de aplicação local, concentra instrumentos mais “modernos”: a assembleia aberta, os núcleos de intervenção participativa<sup>645</sup> e os pressupostos e os processos participativos derivados da Agenda 21.

Bento (2003, p. 220) considera que o plebiscito, referendo e iniciativa popular são instrumentos de participação direta que geram, no entanto, efeitos ambíguos, pois não são formas normais de exercício do poder e sim expedientes extraordinários que devem ser realizados em situações também extraordinárias.

Para Leal (2006, p. 54; 155-158), o voto, o plebiscito, o referendo, o parlamento – enfim, os meios de participação oficial vigentes – não são suficientes para potencializar a relação entre sociedade e Estado. Ele afirma serem necessárias novas fórmulas de participação. Considerando o âmbito da administração pública cita – a título de especulação doutrinária, legislativa e de experimentos locais – algumas fórmulas que podem ser incluídas em seu conceito de gestão compartilhada: a consulta popular; o debate público; a audiência pública; o orçamento participativo; os conselhos municipais.

O orçamento participativo tem sido mecanismo de democracia participativa muito citado na atualidade. Autores como Santos, Avritzer,

---

<sup>644</sup> Esse autor denomina o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular e o veto de mecanismos de democracia semidireta (CANOTILHO, 2000, p. 292; 295).

<sup>645</sup> Esses núcleos, os NIP, são, para o autor, “*uno de los instrumentos de la democracia participativa local (en principio son municipales, pero pueden ser supralocales) sobre los que más se ha escrito y que más veces han puesto en práctica. Son uno de los primeros instrumentos de la democracia participativa llevados a cabo y su origen hay que buscarlo en Alemania en 1972, año en el que se comienzan a realizar las primeas experiencias de NIP*” (NÁRDIZ, 2010, p. 188).



Pereira, Bento<sup>646</sup> e Leal têm tomado a experiência da cidade de Porto Alegre para dispor sobre o assunto.

Pereira (2008, p. 183) afirma que, apesar da iniciativa que tem estado mais em voga<sup>647</sup>, tem-se “arriscado muito pouco no que se refere à introdução concreta de mecanismos de participação. Apesar do surgimento de novos espaços de participação, são os mesmos extremamente isolados e, em grande parte, em fase de experimentação”.

Da breve e exemplificativa abordagem acerca dos mecanismos/instrumentos de participação na pós-modernidade percebe-se que a falta de homogeneidade no tratamento dos temas *democracia participativa* e *participação* reflete-se também na diversidade de mecanismos sugeridos para instrumentalizá-las.

Apesar das diferenças, as propostas de participação social apresentam algo em comum: ressaltam as transformações na relação entre o público e o privado; entre Estado e indivíduo/sociedade de indivíduos e, assim, o fim da dicotomia Estado x indivíduo/sociedade de indivíduos. Elas dedicam-se ao mesmo objeto de análise. No entanto, isso não significa que abordem tais mudanças de maneira semelhante. Sem pretensão de explicar a nova forma de relacionamento proposta pelos diferentes autores, faz-se menção a algumas citações que enfatizam, principalmente o fim da dualidade Estado x sociedade.

Aquela visão moderno-liberal responsável pela relação dicotômica entre *Estado x sociedade* e entre *público x privado* já havia sofrido algumas alterações com o intervencionismo estatal, como se pôde verificar ao final do tópico 1.1. Agora, com os novos debates sobre democracia participativa, a discussão ganha novo fôlego.

---

<sup>646</sup> Esse autor cita vários exemplos de desenhos institucionais discursivos que incluem a deliberação como dimensão necessária da participação. No entanto, não deixa de ressaltar os seus limites (BENTO, 2003, p. 229-235).

<sup>647</sup> Para ele, “o caso mais em voga é o do *orçamento participativo* que, a partir da experiência brasileira, pretende sujeitar ao debate e escolhas populares o destino de parcelas do orçamento público municipal. Muito embora tal experiência tenha sido recebida com entusiasmo por parte de teóricos preocupados com o aumento dos níveis de participação e mesmo tendo demonstrado índices satisfatórios de desempenho, o fato de ter sido adotado com êxito por apenas duas grandes cidades brasileiras [Belo Horizonte e Porto Alegre] demonstra, por si só, as dificuldades a serem encontradas em sua adoção em larga escala. Mesmo experiências mais tradicionais como os chamados *town meetings* americanos e a *landsgemeinde* suíça também são exemplos de experiências participativas com aplicação reduzida.” (PEREIRA, 2008, p. 183).

Para Bonavides (1995, p. 365-367), tem-se a reconciliação da sociedade com o Estado e a substituição do “dualismo Estado-indivíduo ou Estado-sociedade de indivíduos pelo monismo corporificado na unidade intrínseca da santíssima trindade constituída de Estado, pessoa humana e sociedade, entendida aqui a sociedade como sociedade de sociedades”.

Pereira (2008, p. 186; 1) considera que o modelo “bipolar Estado-cidadão” caracterizado por relações entre o público e o privado e entre Estado e mercado assumiu a forma de “sistema multipolar em que tais esferas e entidades tornam-se interpenetrantes”.

Barroso (2010, p. 70) afirma que aquela dualidade entre *Estado e sociedade*, própria do liberalismo, não sobrevive no Estado Democrático de Direito, já que nesse modelo o “Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes”.

Na apresentação da obra de Leal, Rodríguez-Arana (2006, p. 8-9) afirma que o Estado do século XXI já não está em contraposição dialética com a sociedade. Está de acordo com ela em perspectiva de compatibilidade e complementaridade. Com a atuação em espaço de deliberação pública, que estabelece a comunicação entre o Estado e a sociedade, os cidadãos passam a colaborar para a configuração dos interesses públicos. E nesse contexto, a administração pública passa a ter papel fundamental na medida em que entenda que já não é proprietária nem do interesse público nem dos procedimentos. Que são os cidadãos os proprietários responsáveis pelo público. Nessa nova configuração, a Administração está a serviço de novo conceito de interesse público que se define em permanência desde os postulados do pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar<sup>648</sup>.

Ao considerar que o Estado tem que lidar com fatores de descontrolo, negação de poder e flexibilização, Bittar (2009, p. 150) afirma não só o desaparecimento da dicotomia sociedade civil/Estado, mas, principalmente, o surgimento de nova realidade caracterizada pela tripartição sociedade civil/Estado/terceiro setor.

Para Santos (2000, p. 173), a dicotomia Estado x sociedade civil, que ocultou a natureza das relações de poder na sociedade<sup>649</sup>, não passa, na atualidade, de ilusão generalizadamente acolhida.

---

<sup>648</sup> Tradução livre de: “*un nuevo concepto de interés público que se define permanentemente desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario*” (RODRÍGUEZ-ARANA, 2006, p. 8-9).

<sup>649</sup> “A absorção recíproca implica, pois, dois processos diferentes: a reprodução da sociedade civil na forma de Estado e a reprodução do Estado na

Bento (2003, p. 69) também fala da superação desse dualismo, característico do pensamento liberal. E ressalta o surgimento da terceira esfera constituída pela sociedade civil organizada e comprometida com formas autônomas de solidariedade.

Com a apresentação dos posicionamentos, ao lado das considerações em torno da participação, procurou-se demonstrar que a categoria, independentemente da teoria que a descreve e dos instrumentos indicados para a sua realização, tem sido assinalada como fator condicionante de alterações nas relações entre Estado e sociedade na pós-modernidade. Não se ocupou em descrever como cada autor visualiza as novas relações nem em oferecer, neste momento, posicionamento pessoal acerca do tema. No entanto, das considerações descritivas pretende-se fazer duas observações fundamentais para a tese.

A primeira consiste, em verdade, num reforço do que já foi explicitado anteriormente. Ela diz respeito à amplitude e diversidade semântica do termo *sociedade civil* que tem sido utilizado muitas vezes sem as devidas contextualizações para abordar a superação da dicotomia Estado x sociedade e as novas relações entre ambos.

A segunda, que pode ser destacada como uma das peças elementares da tese, relaciona-se ao fato de que as diferentes teorias e propostas acerca da superação da dicotomia entre Estado x sociedade e, assim, de novas formas de relacionamento entre eles, ressaltam novas dinâmicas relacionais, novos desenhos institucionais e organizativos, mas nenhuma delas – que se tenha conhecimento – chega a mencionar, discutir ou propor mudanças na grande base moderna – a propriedade privada – que estrutura a relação dicotômica, ou seja, que dirige a separação entre o Estado e o indivíduo/sociedade de indivíduos, entre o público e o privado, que acaba englobando a relação em formas representativas.

Com isso pretende-se dizer que essas propostas não alcançam nem sugerem mudanças significativas no elemento central da configuração moderna. Ou seja, nenhuma delas refere-se à necessidade de (re)visão

---

forma de sociedade civil. A meu ver, a expansão do Estado na forma de sociedade civil é a característica mais saliente do Estado capitalista nos países centrais, no período do capitalismo desorganizado. Assim se explica que a maior parte das recentes propostas para conferir poder à sociedade civil redunde em desarme social e político para a maioria dos cidadãos: o poder que aparentemente se retira ao Estado para o dar à sociedade civil continua a ser, de facto, exercido sob a tutela última do Estado, apenas substituindo, na execução directa, a administração pública pela administração privada, e consequentemente, dispensando o controle democrático a que a administração pública está sujeita.” (SANTOS, 2000, p. 174)

dos pressupostos da propriedade privada dominial que foi e ainda é o elemento orientador da estruturação de tais relações.

Justamente por isso, as propostas continuam, ainda que diante de novos desenhos e novas atividades, repetindo e enfrentando os mesmos desafios, dentre os quais: separar o que é público e o que é privado e estipular, de acordo com tal separação, o que é responsabilidade do Estado e o que é responsabilidade da sociedade.

Essa simplificação da complexidade do quadro jurídico da modernidade é, para Grossi (2007, p. 6), algo muito elementar, apesar de muitas vezes ser mal compreendido ou mal explicado<sup>650</sup>.

Reside aí, na avaliação da autora da tese, o problema de as teorias sobre a participação ainda não conseguirem inserir o coletivo e, assim, a Sociedade, com plena capacidade de manifestação ou expressão jurídica, como categoria *autônoma* da pós-modernidade. Pela má compreensão, elas continuam a ser formuladas dos fundamentos modernos ora mencionados. Não visualizam a mudança explicada no título 1.3.

Isso não significa que os autores de tais doutrinas selecionem conscientemente os fundamentos. Tudo indica, aliás, que eles tentam superar as limitações que condicionaram a participação na modernidade. No entanto, não se apercebem que a dificuldade do debate e a chave para superá-la encontram-se na própria exclusão da Sociedade, enquanto coletividade, que a propriedade privada dominial orquestrou no panorama da modernidade.

Acredita-se, em verdade, que eles não consigam se libertar dos condicionamentos impostos pelo eixo de orientação moderno, o que os leva a elaborar as análises com base nas condições e relações já estruturadas no Estado e na sociedade sem levar em consideração o fator estruturante das mesmas. Em decorrência disso, acabam propondo mudanças na *fachada* da participação e, assim, nas formas relacionais entre os sujeitos ora citados sem, ao menos, tocar o seu *alicerce*, que é a propriedade privada.

Diante desse cenário – por mais originais que sejam as novas propostas participativas, por mais que elas disponham sobre a (re)orga-

---

<sup>650</sup> Para Grossi (2007, p. 53), “O historiador do direito, na sua formação primária de consciência crítica do jurista operador do direito positivo, pode somente desconfiar de paisagens muito simples, lembrando que a complexidade é a riqueza de cada clima histórico, [...]; e será esta, já nos primeiros anos do século XX, nos anos da primeira fissura no conjunto de idéias jurídico pós-iluminista, a suspeita que os juristas mais conscientes terão assim que os olhos começarem a liberar-se do persuasivo véu formado por sugestões bisseculares.”

nização e a (re)configuração das relações entre Estado, indivíduo e sociedade, seja por meio da inclusão de novos atores sociais ou mesmo da criação de novos espaços comunicacionais ou deliberativos –, elas caem nessa armadilha moderna que faz com que, ao final, ainda se deparem com as dicotomias Estado x sociedade (de indivíduos) e público x privado, e com a representatividade, mesmo que em outro nível.

Esse é o cenário que se apresenta para o exame da *participação*. Pôde-se constatar que ela consiste em categoria fundamental da pós-modernidade, em elemento que vem ganhando centralidade ao mesmo tempo que desloca o foco que a modernidade forneceu à representação. Esta continua a existir e mantém sua importância. No entanto, deixa de ser elemento que faz parte do centro do paradigma<sup>651</sup>.

As discussões sobre a participação têm colocado em destaque quatro questões, dentre outras: o fim da dicotomia Estado x sociedade (sociedade de indivíduos)<sup>652</sup>; a previsão da sociedade civil (res)significada como elemento fundamental de muitas teorias participativas; a proclamação de novas formas de relacionamento entre Estado e sociedade; emergência de novo espaço – o público não estatal –, e de novo setor – o terceiro setor.

Embora cada um dos pontos possa indicar algum tipo de inovação para a temática, considera-se que as abordagens que ela recebeu naquele contexto, do qual faz parte a atualidade, não correspondem, ainda, aos pressupostos da pós-modernidade, que é paradigma de complexidade<sup>653</sup>, de conjunção, de resgate de elementos e conhecimentos excluídos pelo paradigma anterior.

Isso porque nas diferentes perspectivas teóricas a participação foi, e continua a ser, organizada com base em princípios modernos de disjunção e redução. Ou seja, com base em fundamentos que desde a “invenção” do Estado instituíram este ente e o indivíduo como grandes protagonistas modernos, excluindo qualquer possibilidade de o *coletivo* ou *Sociedade* ser selecionado dentre os seus elementos paradigmáticos.

---

<sup>651</sup> Um processo que pode ser compreendido com a análise do disposto no tópico 1.1.

<sup>652</sup> Ressalta-se, novamente, que o termo sociedade, quando utilizado no sentido dicotômico, assume o sentido moderno de sociedade de indivíduos. Como já mencionado nos tópicos 1.1 e 1.2.

<sup>653</sup> Conforme disposto no tópico 1.2 com base, principalmente, na obra de Morin.

### 3.2 A PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” NO SISTEMA ÚNICO: O PAPEL DOS CONSELHOS DE SAÚDE NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SETOR

O Sistema Único de Saúde brasileiro foi arquitetado no seio do Estado Democrático de Direito como mecanismo fundamental que deve ser organizado e operacionalizado com base na participação comunitária<sup>654</sup> para viabilizar o cumprimento da previsão constitucional do artigo 196, segundo a qual é dever do Estado garantir saúde a todos por meio de políticas econômicas e sociais.

Nesses termos, a participação “comunitária” nas políticas dos três níveis da federação – nacional, estadual e municipal – consiste em um dos pilares do SUS. Sendo, por isso, elemento “imprescindível” para compreenderem-se as políticas de saúde e o próprio Sistema (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 979).

Além disso, como já mencionado no capítulo anterior, a participação comunitária na formulação das políticas e, assim, na definição do conteúdo do interesse coletivo para o setor, fez com que o exercício de tal direito saísse do âmbito do voluntarismo estatal e migrasse para o seio dos Conselhos de Saúde. Estes que são, como visto no título 3.1, inovação para a gestão pública.

O presente tópico pretende analisar, sob uma perspectiva normativa e geral, como se dá tal participação no espaço institucionalizado dos Conselhos de Saúde. Para tanto, e para compreender a diretriz constitucional da “participação da comunidade”, estabelecida no artigo 198, III, da Constituição, é preciso considerar o contexto de seu surgimento, a sua institucionalização e a sua configuração frente às iniciativas provenientes da Reforma do Sistema de Saúde, que afetam profundamente as concepções iniciais do SUS.

Dessa forma, o primeiro ponto a ser destacado é que o SUS, bem como o modelo de Estado no qual ele se insere, emergiu e se desenvolveu no contexto de formação de novo tipo de sociedade que, de acordo com descrições elaboradas nos tópicos 1.2 e 2.1, pode ser denominada de sociedade pós-moderna ou digital<sup>655</sup>. Novo paradigma que apresenta a *participação* como categoria central ao mesmo tempo que enfrenta

---

<sup>654</sup> Uma das diretrizes do Sistema citadas principalmente no tópico 2.2 SUS.

<sup>655</sup> Recordam-se as peculiaridades citadas no tópico 2.1 acerca da pós-modernidade no Brasil.

(re)estruturações de aspecto neoliberal, como visto nos tópicos 1.2, 1.3 e 3.1.

Essa categoria pós-moderna, examinada no título precedente, passou a integrar os debates e discursos das mais variadas áreas do conhecimento. O que não foi diferente na área da saúde. No documento sobre “*Community involvement in health development*”, publicado pela Organização Mundial de Saúde – OMS em 1989, verifica-se a observação, relacionada ao contexto da década de 70, de que a participação tem sido amplamente reconhecida como direito básico das pessoas e de importância central para o sucesso dos esforços de desenvolvimento<sup>656</sup>. E que, naturalmente, portanto, a ligação foi feita entre a participação e programas destinados a melhorar a saúde das pessoas<sup>657</sup> (WHO, 1989, p. v).

A Declaração de Alma-Ata sobre Atenção Primária em Saúde, de 1978, propagou o reconhecimento mundial da participação da comunidade como elemento fundamental nos cuidados de saúde primários<sup>658</sup> (WHO, 1991, p. 1; WHO, 1999, p. 1). Ela tem servido desde então como importante guia da política de saúde e desenvolvimento em vários países<sup>659</sup> (WHO, 1999, p. 4).

De acordo com Escorel e Moreira (2008, p. 997-998), a participação comunitária foi adotada em vários programas de extensão de cobertura sob a influência da Conferência de Alma-Ata<sup>660</sup>.

Importante observar que a Declaração 1978 enfoca a participação em nível local ou distrital. E que, além disso, trata do envolvimento das pessoas não apenas para o apoio e funcionamento dos serviços de saúde

---

<sup>656</sup> Tradução do original: “*Participation has been widely recognized as both a basic right of people and of a central importance to the success of development efforts.*” (WHO, 1989, p. V).

<sup>657</sup> Tradução do original: “*Naturally, therefore, the link has been made between participation and programmes designed to improve people's health.*” (WHO, 1989, p. V).

<sup>658</sup> A Declaração da Conferência de Harare sobre o fortalecimento dos sistemas distritais de saúde com base na atenção primária à saúde, de 1987, e os objetivos do programa de 1988-1989 do Escritório Regional para Europa, “*To promote community involvement in decisions related to the establishment or further development of district health systems*”, enfatizam o envolvimento da comunidade (WHO, 1991, p. 1).

<sup>659</sup> Tradução do original: “*The Declaration has since served as an important guide of health policy and development in many countries.*” (WHO, 1999, p. 4).

<sup>660</sup> Labra (2005, p. 632) discorre brevemente sobre a influência dessa Conferência no Brasil, em 1980.

mas, principalmente, na definição das prioridades de saúde e alocação de recursos escassos de saúde a nível distrital (WHO, 1999, p. 4).

O tema “envolvimento da comunidade na área da saúde”, em inglês “*community involvement in health*” ou simplesmente CIH, é considerado pela Organização Mundial da Saúde – OMS como central para as estratégias de saúde para todos (WHO, 1989, p. vii; WHO, 1999, p. 2)

No tópico anterior verificou-se a dificuldade de se compreender o significado da participação em tempos pós-modernos. Essa realidade e, assim, a constatação mais geral de que não há interpretação única e universalmente válida acerca da participação se estende aos debates da área da saúde, tanto aos nacionais quanto aos internacionais.

No âmbito internacional verifica-se a preocupação em torno do conceito de “*community involvement in health*”. De acordo com OMS, conceito formal parece datar de meados da década de 70, do qual surgiram várias publicações questionando-o e sugerindo alterações (WHO, 1989, p. 4; 2).

A Organização Panamericana da Saúde – OPS, em publicação de 1984, utilizando a expressão “*participación de la comunidad*”, reconheceu que tanto o termo *participação* quanto *comunidade* podem ter conotação muito variada. Assim, para aquele estudo definiu-se *participação da comunidade*, em termos gerais, como o processo mediante o qual os membros da comunidade participam nos programas ou nas atividades que se levam a cabo no interesse da comunidade<sup>661</sup>. No qual se identificam três graus de participação: a) a utilização dos serviços e instalações; b) a cooperação com as iniciativas planejadas por organismo externo; c) a participação nas atividades de planejamento e administração (OPS, 1984, p. xi, xii).

O documento da OMS de 1989, diante da constatação da aplicação do conceito de CIH em variados contextos e práticas<sup>662</sup>, tentou esclarecê-lo, sem intenção de oferecer posição final (WHO, 1989, p. vii; WHO, 1999, p. 1). Destacou-se a dúvida que existe na literatura em utilizar o termo “participação comunitária” ou “envolvimento da comu-

---

<sup>661</sup> Tradução livre do original: “*En el protocolo preparado para los estudios de casos, se define la **participación de la comunidad**, en términos generales, como el proceso mediante el cual los miembros de la comunidad participan en los programas o en las actividades que se llevan a cabo en interés de la comunidad.*” (OPS, 1984, p. xi).

<sup>662</sup> Tendo em vista essa variedade, a OMS afirma ser impossível sugerir um modelo de CIH que possa ser aplicado para os cuidados de saúde em todos os contextos (WHO, 1989, p. 20).



nidade”. E que, apesar da preferência que parece ser dada pela maioria das áreas de desenvolvimento ao termo “participação da comunidade”, o setor saúde parece ter optado por utilizar “envolvimento da comunidade” em virtude de suas implicações mais profundas<sup>663</sup> (WHO, 1989, p. 8).

A definição de CIH aceita pela OMS como base para iniciar as pesquisas sobre o tema, nos variados contextos, foi aquela desenvolvida para os trabalhos sobre cuidados de saúde primários:

O envolvimento da comunidade [no desenvolvimento da saúde] é um processo pelo qual a parceria é estabelecida entre as comunidades e governo local no planejamento, implementação e utilização de atividades de saúde a fim de beneficiar o aumento da auto-suficiência local e o controle social sobre a infra-estrutura e tecnologia de cuidados de saúde primários. (FONAROFF *apud* WHO, 1989, p. 13)<sup>664</sup>

A dificuldade em torno de tal conceituação foi incrementada na década de 90 diante da influência das Reformas no setor saúde, com os seus preceitos privatizantes e de recuperação de custos. Formou-se quadro em que o envolvimento da comunidade no setor ganhou maior destaque e levou ao reconhecimento de que era necessário rever os conceitos e práticas até então elaborados no âmbito da CIH<sup>665</sup> (WHO, 1999, p. 2; 4).

Sem intenção de aprofundar o debate sobre tais terminologias<sup>666</sup>, resta, ainda, compreender o significado de *comunidade*. Apesar de os

---

<sup>663</sup> Tradução livre da autora do trecho: “*Health literature, however, seems in doubt as to whether to use the term ‘community involvement’ or ‘community participation’. In most areas of development preference seems to be given to the term ‘community participation’ but the health sector seems to have opted for ‘community involvement’ because of its deeper implications.*” (WHO, 1989, p. 8).

<sup>664</sup> Tradução de: “*Community involvement [in health development] is a process by which partnership is established between the government and local communities in the planning, implementation and utilization of health activities in order to benefit from increased local self-reliance and social control over the infrastructure and technology of primary health care*”. (FONAROFF *apud* WHO, 1989, p. 13).

<sup>665</sup> Um tema a ser mencionado ao final deste tópico.

<sup>666</sup> Na abordagem, Sarah Escorel e Marcelo Rasga Moreira (2008, p. 997) sobre a mudança qualitativa na forma de participação entre as décadas de 70 e 2000, os autores consideram que na década de 1970 destacou-se o uso

documentos da OMS citados até o momento referirem-se à questão, recorre-se ao conceito de comunidade apresentado no Glossário daquela Organização<sup>667</sup>, publicado em 1998, segundo o qual comunidade é o

Grupo específico de pessoas que, muitas vezes, vivendo em uma área geográfica delimitada, partilha a mesma cultura, valores e normas, e está disposto em uma estrutura social de acordo com as relações que a comunidade tem desenvolvido ao longo do tempo. Os membros de uma comunidade adquirem a sua identidade pessoal e social ao compartilhar crenças, valores e normas comuns que a comunidade desenvolveu no passado e que podem se modificar no futuro. Seus membros são conscientes da sua identidade como grupo e compartilham necessidades comuns e o compromisso de satisfazê-las.

Em muitas sociedades, especialmente nos países desenvolvidos, os indivíduos não pertencem a uma comunidade distinta, mas mantêm a sua participação em diversas comunidades baseadas e variáveis, como local de trabalho, residência e interesses sociais e recreativo.<sup>668</sup> (OMS, 1998, p. 15)

---

da expressão “participação comunitária” na América Latina enquanto “participação popular” marcou um segundo momento, no qual a “comunidade” foi substituída pela categoria “povo” e “participação social” ganhou força nos anos 90, substituindo-se a “comunidade” e o “povo” pela categoria “sociedade”.

<sup>667</sup> É interessante observar que, nesse documento, a OMS refere-se à participação da comunidade. Além disso, outro conceito ligado à discussão é levantado: o empoderamento de cidadãos e da comunidade para a saúde.

<sup>668</sup> Tradução livre da autora de: “*Grupo específico de personas, que a menudo viven en una zona geográfica definida, comparten la misma cultura, valores y normas, y están organizadas en una estructura social conforme al tipo de relaciones que la comunidad ha desarrollado a lo largo del tiempo. Los miembros de una comunidad adquieren su identidad personal y social al compartir creencias, valores y normas comunes que la comunidad ha desarrollado en el pasado y que pueden modificarse en el futuro. Sus miembros tienen conciencia de su identidad como grupo y comparten necesidades comunes y el compromiso de satisfacerlas.*”

No documento da Organização Panamericana de Saúde, comunidade é conceituada, para aquele ensaio, como grupo de pessoas que vivem na mesma zona geográfica e que têm certos interesses comuns<sup>669</sup> (OPS, 1984, p. xi).

Além da explicação acerca do significado de “comunidade” – e apesar das dificuldades de mensurar o seu envolvimento em saúde por causa da ausência de definições e objetivos geralmente aceitos, a complexidade dos mecanismos de envolvimento da comunidade que são difíceis de representar unidimensionalmente e as importantes dimensões qualitativas envolvidas<sup>670</sup> (WHO, 1991, p. 1) –, tomam-se ao menos três pontos mencionados no documento da OMS de 1991 como características fundamentais, na opinião da autora, para abordar o tema da participação da comunidade na saúde.

O primeiro, relativo ao fato de que o envolvimento da comunidade na saúde consiste em parceria entre comunidade e outras partes desse sistema (*health services, authorities, other related sectors*)<sup>671</sup>. O segundo, ao fato de que tal envolvimento significa que subgrupos e/ou seus representantes devam influenciar os processos de tomada de decisão no que diz respeito ao sistema. E o terceiro, que coloca em realce a importância dos mecanismos formais para garantir o envolvimento nos processos decisórios, apesar da essencialidade ser a própria influência da comunidade<sup>672</sup> (WHO, 1991, p. 4-5).

---

*En muchas sociedades, en especial en los países desarrollados, los individuos no pertenecen a una única comunidad diferenciada, sino que mantienen su afiliación a diversas comunidades basadas e variables tales como el lugar de residencia, el trabajo y los intereses sociales y recreativos.* (OMS, 1998, p. 15)

<sup>669</sup> Tradução livre da autora de: “*En este análisis se entiende por comunidad un grupo de personas que viven en la misma zona geográfica y que tienen ciertos intereses comunes.*” (OPS, 1984, p. xi)

<sup>670</sup> Tradução livre da autora de: “*Community involvement in health is difficult to measure because of an absence of commonly accepted definitions and goals, the complexity of community involvement mechanisms which are difficult to represent unidimensionally, and the important qualitative dimensions involved.*” (WHO, 1991, p. 1).

<sup>671</sup> Tradução livre da autora de: “*Community involvement in health is a partnership between the community and the other parts of the health system (health services, authorities, and other related sectors).*” (WHO, 1991, p. 4).

<sup>672</sup> Tradução livre da autora de: “*Community involvement in health means that subgroups and/or their representatives should influence decision-making*

Para considerá-los no contexto brasileiro deve-se observar não somente a influência dessas discussões, teorias e práticas do cenário internacional, mas também e, particularmente, o cenário político-social vivido no país entre as décadas de 60 e 80 do século XX, que foram marcadas pelo autoritarismo e centralismo dos governos militares<sup>673</sup>.

Além disso, não se pode olvidar tratar-se de quadro marcado por características que foram herdadas e assimiladas às tradições do país ao longo dos séculos, dentre as quais – já citadas no tópico 2.1 – estão: o patrimonialismo, o clientelismo, artificialidade do jogo democrático, burocracia, tradição conservadora e predominância da oligarquia. Cenário no qual:

A sociedade e a política brasileiras são, em suma, caracterizadas pela total predominância do Estado sobre a sociedade civil e pelos obstáculos enormes contra a construção da cidadania, o exercício dos direitos e a participação popular autônoma. O Brasil é também uma sociedade marcada por desigualdades sociais escandalosas, que, na verdade, aumentaram bastante nos últimos quinze anos, devido à crise do Estado desenvolvimentista, à desregulação da economia e ao dismantelar de um estado-Providência que já era, de resto, inteiramente deficiente. Segundo o Banco Mundial, o Brasil é umas das sociedades mais injustas do mundo: [...]. (SANTOS, 2003, p. 378)

---

*processes as concerns the health system. Although formal mechanisms can be useful in this process, it is the community's own influence which is essential.*” (WHO, 1991, p. 5).

<sup>673</sup> Oliveira (2005, p. 62) ressalta que: “A sociedade autoritária não é herança apenas brasileira. Os países latinos, marcados pelas ditaduras militares que corromperam os regimes políticos de toda a América Latina, hoje países democratizados (a região tem apenas duas décadas de governos democráticos), possuem uma dificuldade enorme em se adaptar às novas instituições e práticas. O problema é que a democracia se propagou, porém as suas raízes ainda não são profundas. Se fatores essenciais para o exercício da democracia ainda estão fragilizados, como a liberdade de imprensa, proteção aos direitos humanos, Poder Judiciário independente etc., é animador constatar que nenhum país latino-americano optou pelo retrocesso ao autoritarismo, pelo contrário, há sempre o apoio à manutenção das instituições democráticas.”

O final dos anos 70 foi assinalado pela crise do Estado desenvolvimentista e pela transição democrática. Momento em que a democratização da vida política e a construção efetiva da cidadania foram colocados na agenda política brasileira<sup>674</sup> (SANTOS, 2003, p. 378). Período marcado pela ampliação dos movimentos sociais surgidos na década anterior. Movimentos que, conforme já abordado no título precedente, com base no texto de Santos e Avritzer (2003, p. 47; 49), incluíram novos atores sociais na cena política do país e que, segundo os autores, enquadraram-se no conceito de democracia contra-hegemônica, também já abordado naquela oportunidade<sup>675</sup>.

De acordo com Paoli (2003, p. 335),

As práticas de deliberação participativa, no Brasil, estiveram, desde seu início, ligadas à visibilidade política dos ‘novos movimentos sociais’ e à redefinição das práticas do movimento operário, nas

---

<sup>674</sup> Conforme abordado no tópico anterior, a extensão da democracia iniciou-se pelo Sul da Europa na década de 70 tendo chegado à América Latina nos anos 1980 (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 47).

<sup>675</sup> Apesar de toda a abordagem feita no tópico 1.3 sobre a disseminação do modelo de democracia hegemônico no período pós-45, destaca-se, mais uma vez, a peculiaridade de Brasil e dos países do Sul. Nesses termos: “A reinvenção da democracia participativa nos países do Sul está intimamente ligada aos processos recentes de democratização pelos quais passaram estes países. Estamos tratando, portanto, de países que, dentro da lógica hegemônica do pós-segunda guerra mundial, não estiveram no chamado campo democrático. Apesar de a Segunda Guerra Mundial ter terminado com a derrota do fascismo, esse sistema de governo continuou predominando no Sul da Europa até os anos 1970, nomeadamente em Portugal, onde vigorou durante 48 anos. Até 1975, Moçambique viveu sob o jugo colonial e a África do Sul, até a década de 1980, sob o regime do *apartheid*. Brasil e Colômbia são países que tiveram, ainda que muito ambigualmente, por algum tempo no campo democrático: o Brasil, alternando períodos autoritários períodos democráticos até 1985, e a Colômbia, vivendo, desde os anos 1960, uma democracia truncada por sucessivos estados de emergência e pela guerra civil. A exceção fica por conta da Índia, o único dos países estudados que permaneceu democrático durante todo o período, apenas interrompido pela declaração do estado de emergência em 1977. Ainda assim, foi só com a chamada ‘terceira onda de democratização’ que experiências participativas como a de Kerala se tornaram possíveis.” (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 48).

décadas de 1970 e 1980<sup>676</sup>. Elas foram entendidas através de uma renovada teoria do conflito social, que apontava para formas de participação popular e luta plurais demandantes de representação autônoma nos processos políticos de distribuição de bens públicos e formulação das políticas públicas. O sentido brasileiro da expressão ‘novos movimentos sociais’ conectava as lutas populares desse momento à visibilidade política de gente que havia sido sempre obscurecida – [...] pela cultura fortemente classista e hierárquica da sociedade brasileira, gente cuja experiência da modernidade e da cidade passava por vários graus de marginalização, precariedade e exclusão social e cujas demandas perpetuavam-se como não-negociáveis pelo Estado, seja pela negação de seu valor político-institucional ou, no caso contrário de seu reconhecimento positivo, pela necessidade de seu controle.

Foi nesse cenário que os movimentos populares em saúde, aos quais se atribui o nascimento à década de 60, se desenvolveram. Os anos 70 foram testemunhos tanto da amplificação de tais movimentos sociais quanto da sua qualificação, alcançada ao direcionar os questionamentos acerca dos serviços e da política de saúde de forma mais orgânica<sup>677</sup> (LABRA, 2005, p. 360).

Segundo Lima (2006, p. 23), o documento elaborado pela Diretoria do CEBES – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde, sob o título “A questão Democrática na Área da Saúde”, aprovado no 1º Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, em 1979, deu “o tom dos movimentos pela saúde durante os anos 1970 e 1980”. O documento criticava a política como obra de tecnocratas que substituiu a voz da população; a privatização da saúde, e, de um lado, a desvinculação de tal política das necessi-

---

<sup>676</sup> Oliveira (2005, p. 75) lembra que “A luta pela redemocratização do Estado Brasileiro, ocorrida principalmente entre 1975 e 1988, com os movimentos pela anistia, as Diretas Já e as mobilizações populares de pressão junto à Assembléia Nacional Constituinte, demonstraram a força da participação cidadã para transformar radicalmente o cenário político-jurídico nacional da época marcado pela ditadura e pelo cerceamento de direitos, principalmente os direitos políticos de participação”.

<sup>677</sup> Nessa passagem, a autora faz menção a Gerschman.

dades reais da população e, de outro, a sua vinculação aos interesses dos proprietários das empresas médicas e gestoras da indústria da saúde<sup>678</sup>.

Foi na década de 80, logo no início, que esse movimento social pela saúde se disseminou no âmbito nacional e que se tornou mais denso. Labra (2005, p. 361) destaca duas associações de direito privado que tiveram importante papel nesse momento: o Conass – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, criado em 1982, e o Conasems – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, em 1986.

Esse movimento foi denominado de sanitário ou pela Reforma Sanitária. Ele foi formado por diferentes atores, dentre os quais tiveram destaque os intelectuais e os trabalhadores da área da saúde e, posteriormente, os movimentos populares e secretários de saúde. “Um conjunto organizado de pessoas e grupos partidários ou não, articulados ao redor de um projeto”. Com os outros movimentos sociais ele compôs a luta pela democracia e por uma política de saúde universal e igualitária (LIMA, 2006, p. 23; 25). Nesse cenário, o Cebes – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde, e a Abrasco – Associação Brasileira de Saúde Coletiva tiveram forte atuação (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 309).

O movimento pode ser enquadrado no conceito de “sociedade civil social”, descrito no tópico anterior. No entanto, destaca-se que o seu diferencial em relação a tal noção consiste na efetiva influência que ele teve na institucionalidade Estatal.

Um dos grandes marcos do movimento sanitário foi, conforme citado nos tópicos 2.1 e 2.2, a 8ª Conferência de Saúde realizada em 1986. A estruturação das propostas radicais de alteração do Sistema de Saúde procedeu desse evento. Dentre elas constou a recomendação de instituir gestão democrática que compreendesse a participação dos cidadãos comuns no controle social<sup>679</sup> da produção e execução das políticas de saúde (LABRA, 2005, p. 363).

---

<sup>678</sup> De acordo com citação feita pelo autor sobre o conteúdo documento: “Política que substitui a voz da população pela sabedoria dos tecnocratas e pelas pressões dos diversos setores empresariais; política de saúde que acompanha em seu traçado as linhas gerais do posicionamento sócio-econômico do governo – privatizante, empresarial e concentrada em renda, marginalizando cerca de 70% da população dos benefícios materiais e culturais do crescimento econômico. [...] Política de saúde, enfim, que esquece as necessidades reais da população e se norteia exclusivamente pelos interesses da minoria constituída e confirmada pelos donos das empresas médicas e gestores da indústria da saúde em geral.” (CEBES *apud* LIMA, 2006, p. 23).

<sup>679</sup> Correia (2000, p. 61) destaca que: “O debate em torno do controle social reaparece nas propostas da VIII CNS/86 e se amplia no processo de prepa-

Recorda-se que participação caminhou lado a lado a outra recomendação do movimento sanitário: a descentralização<sup>680</sup>, que também tem sido diretriz das políticas neoliberais, como visto no título 2.3.

No relatório final da Conferência, com intuito de garantir o controle dos usuários sobre o novo Sistema de Saúde a ser implementado, foi recomendada a reformulação da composição e função do Conselho Nacional de Saúde e a criação de conselhos de saúde nos níveis municipal, estadual e regional, a serem integrados por “representantes eleitos pela comunidade (usuários e prestadores de serviços) que permitissem a participação plena da sociedade no planejamento, execução e fiscalização dos programas de saúde” (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 997-998).

Esse relatório formou a base para o reconhecimento do direito à saúde nos moldes inscritos na Constituição de 1988, conforme já mencionado nos tópicos 2.1 e 2.2. Mas recorda-se que foi no 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, realizado no ano de 1986 pela Abrasco, com base nas recomendações de tal relatório, que se finalizou proposta

---

ração da Assembléia Nacional Constituinte, em 1988. O que existia institucionalizado, até 1987, como canais de participação na política de saúde eram as Comissões Interinstitucionais Municipais de Saúde (Cims), estruturas colegiadas criadas pelas Ações Integradas e Saúde (Suds), essas comissões passam a ser abertas à participação da sociedade civil organizada e adquirem o novo papel de ‘gestores do sistema’. Tal participação da sociedade foi limitada, primeiro, por não ter sido resultado de pressão popular: ela servia, na verdade, para legitimar a Programação e Orçamentação Integrada (POI), instrumento de planejamento da captação de recursos. Segundo, pela fragilidade das organizações populares, que permitiram que o poder público escolhesse os seus próprios representantes.”

Sarah Escorel e Marcelo Rasga Moreira (2008, p. 996-998) destacam que a participação em programas e ações de saúde não começou com o SUS. Nas décadas de 70 e 80 havia outros tipos de conselhos que procuravam viabilizar a participação da população. E, neste sentido, eles afirmam que: “Em 1983, as AIS [...] continham a diretriz da participação da população organizada nos colegiados de gestão: Comissão interinstitucional de Saúde (CIS), em nível estadual, Comissão Interinstitucional Municipal de saúde (CIMS) e Comissão Interinstitucional Local de Saúde (CLIS).”

680

Conforme já citado no tópico 2.2. Amélia Cohn (1996, p. 315) destaca que “constata-se atualmente no campo da saúde uma defasagem entre o discurso do movimento sanitário e os processos reais de descentralização dessa política pública. A primeira constatação que salta aos olhos é a tendência a assumir, como princípio, que a descentralização leva automaticamente à democratização da saúde.”



com o conteúdo sanitário para a Assembleia Constituinte<sup>681</sup> (Rodriguez Neto, 2003, p. 50-51 *apud* OLIVEIRA, 2005, p. 74) instalada em 1987<sup>682</sup>.

Na Assembleia, a “preocupação com a democracia e com a participação social era ponto recorrente nos pronunciamentos dos constituintes” (OLIVEIRA, 2005, p. 78). Tratava-se de conjuntura em que os debates sobre o tema eram influenciados tanto por propostas provenientes do âmbito internacional quanto por aquelas tipicamente nacionais, como visto no tópico 3.1 e acima descrito, respectivamente.

Sob tal contexto e influências o texto constitucional de 1988 consagrou a participação pela via representativa e pela via direta. O artigo 1º, parágrafo único, da Carta dispõe que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>683</sup> (BRASIL, 1988).

As previsões da democracia direta na Constituição de 88 são, segundo Bonavides (1995, p. 351), ponto formal que significou avanço além das expectativas. Não por acaso, José Isaac Pilati (2008) afirma que a Carta Magna instituiu uma República Federativa participativa, como já citado no tópico 1.3.

A título exemplificativo, podem ser citados os seguintes instrumentos ou mecanismos participativos instituídos pela Carta constitucional: I – plebiscito, II – referendo e III – iniciativa popular, de acordo com o artigo 14; e as audiências públicas com a sociedade civil, que constam no artigo 58, § 2º, II, e cuja realização consiste em competência das Comissões do Congresso Nacional e das suas Casas (BRASIL, 1988).

Há outras previsões constitucionais relativas à participação como, por exemplo: a do artigo 37, § 3º, sobre participação do usuário na administração direta e indireta; a do artigo 194, VII, sobre caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social; a do artigo 206, VI, sobre a gestão democrática no ensino; e a do artigo 198, III, sobre participação da comunidade no Sistema de Saúde (BRASIL,

---

<sup>681</sup> Ressalta-se observação importante: “A convocação da Assembléia Nacional Constituinte partiu de cima para baixo pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, porém foi consequência do clamor popular durante as manifestações das Diretas Já e surpreendeu o governo militar pela sua força social.” (OLIVEIRA, 2005, p. 75).

<sup>682</sup> Para mais detalhes sobre os debates da saúde na Assembleia Constituinte, *vide* a dissertação de Marina Siqueira de Carvalho Oliveira (2005, p. 74-92).

<sup>683</sup> Percebe-se a similaridade entre este texto e o do artigo XXI, 1 e 3, da Declaração da ONU, de 1948, citado no tópico anterior.

1988). Elas deram impulso à produção de leis voltadas para temas como: gestão democrática, audiências públicas, conselhos gestores, dentre outros.

Foi o que ocorreu na área da saúde. Das previsões do artigo 198, *caput*, incisos I, II e III, e das fortes pressões do movimento sanitário, editou-se a Lei 8.080/90 para regulamentar e organizar o Sistema Único de Saúde. Na versão original foram previstos artigos que dispunham sobre a participação da comunidade, em conformidade com a diretriz do artigo 198, III. No entanto, esses artigos, assim como os relativos ao financiamento, foram vetados pelo então presidente Fernando Collor de Melo (CORREIA, 2000, p. 62; ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 997, 1.000, 1.001). Atitude compatível com o modelo de Estado que passava a implementar mudanças propostas pelas Reformas Administrativas descritas nos tópicos 2.3 e 1.2.

Apesar da dificuldade de implementar as conquistas alcançadas pela luta do movimento sanitário, não houve esmorecimento. Diante de novo processo de enfrentamento e articulação foi elaborada a Lei 8.142/90, que retomava as questões relativas à participação e ao financiamento (ESCOREL, MOREIRA, 2008, p. 997, 1.000, 1.001). Isso aconteceu alguns meses depois da publicação da Lei 8.080/90. Quadro diante do qual a Lei Orgânica da Saúde passa a ser compreendida pelas *duas leis*, tanto pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, quanto pela Lei 8.142, de 20 de dezembro de 1990.

Em cumprimento à previsão constitucional constante no artigo 198, III, a Lei 8.142/90 estabeleceu, no artigo 1º, *caput*, que “o Sistema Único de Saúde, de que trata a Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde”<sup>684</sup> (BRASIL, 1990a).

---

<sup>684</sup> Escorel e Bloch (2005, p. 96), assim como outros autores, referem-se ao termo “*espaço público*” para discorrer sobre as Conferências e Conselhos de saúde. As autoras chegam a afirmar que, “para analisar tanto os conselhos quanto as conferências, é necessário utilizar o conceito de espaço público e verificar em que medida pode-se afirmar que esses fóruns constituem espaços em que os atores livres de constrangimentos, e apenas com a força de seus argumentos, deliberam a respeito de assuntos em comum. [...] ‘Assim pensados, os Conselhos de Saúde são instâncias públicas de formação de opinião e vontade política, muito mais do que instrumentos de governo ou da sociedade. Atuam na tematização da agenda pública, muito

Esses são os dois canais que viabilizam a participação social na política de saúde (CORREIA, 2000, p. 55). Segundo Aith (2007, p. 157), eles foram criados como detalhamento da forma de participação da comunidade na gestão do Sistema de Saúde brasileiro e consistem em *canais institucionais* pelos quais a sociedade participa da elaboração das normas jurídicas de direito sanitário produzidas pelo Executivo.

Além disso, recorda-se que as Conferências e os Conselhos de saúde não apenas participam da criação de tal direito, mas são, também, instituições jurídicas do direito sanitário, conforme já mencionado no tópico 2.2 com base no mesmo autor.

Para Castro (2003, p. 372), a Lei ora em comento

[...] estabelece um processo decisório de natureza descentralizada e participativa para implementação da política de saúde. Isto significa que o processo decisório, em princípio, se abre ao debate ‘público’, e não apenas estatal, para a administração da política de saúde. Assim, o caráter federativo e plural – inclusive com representação paritária dos usuários – dos Conselhos de Saúde oferece oportunidade para que a agenda ‘sanitarista’ introduza critérios oriundos do debate ‘público’ para estabelecer parâmetros de implementação da política de saúde.

Acrescenta-se à citação que o processo decisório participativo não foi previsto apenas para a fase de implementação da política de saúde. Ele abrange, especialmente, a fase de formulação. As previsões da Lei 8.142/90 são claras a esse respeito.

No artigo 1º, § 1º, consta que à Conferência de Saúde cabe “propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis cor-

---

mais do que na sua execução, na medida em que concedem ou negam a chancela de ‘interesse público’ às demandas e interesses ali apresentados” (Carvalho, 1997:105).

Apesar do uso recorrente do termo nos debates que envolvem os Conselhos e Conferências, opta-se por não utilizá-lo. Isso porque, de acordo com explanações elaboradas no tópico 1.3, a expressão “*espaço público*” apresenta, atualmente, conexão muito forte com aquelas teorias ligadas à “*sociedade civil social*” e, assim, à consideração do *espaço público* como arena fora e diferente do Estado. O que não ocorre com os Conselhos e Conferências, que são espaços institucionalizados no âmbito do SUS.

respondentes”. E o § 2º do mesmo artigo estipula que o Conselho de Saúde “atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente” (BRASIL, 1990a).

É o que se observa, também, no trecho retirado da publicação do Ministério da Saúde, no qual consta que “em resumo, as Conferências e os Conselhos de Saúde são componentes para realizarem o controle da sociedade sobre o Estado, no que diz respeito à formulação e à implementação da política de saúde (municipal, estadual e nacional)” (BRASIL, 2003, p. 99).

Diante das considerações verifica-se a inovação, já destacada no início deste tópico e no capítulo anterior, relativa ao exercício do direito de todos à saúde por meio da formulação das políticas de saúde pelos Conselhos de Saúde e não mais pelo poder tecnoburocrata do Estado.

Assim, as Conferências e os Conselhos são, nos termos observados no tópico anterior, arenas político-decisórias nas quais se situa – ou ao menos deveria situar-se – o conflito. São locais de interação de diferentes atores: governamentais e os demais envolvidos<sup>685</sup> (SILVA, 2001, p. 122).

O reconhecimento de tais espaços como avanços nas relações democráticas entre Estado e sociedade não se restringe às fronteiras nacionais. No livro de García e Gil (2011, p. 52-55) sobre “*Participación ciudadana en salud*”<sup>686</sup>, as Conferências e Conselhos de Saúde

---

<sup>685</sup> Não se deve olvidar que “a democracia torna o processo de produção da política pública muito mais complexo e povoado por diferentes atores, a exemplo dos movimentos sociais, dos veículos de comunicação, do Poder Legislativo, dos Conselhos de Políticas Públicas, dentre uma série de outros que disputam a inclusão de temas na agenda pública, formulam soluções, interagem no momento da implementação e avaliam, constantemente, mas principalmente no momento eleitoral, por meio do voto, que é o principal mecanismo de *accountability* democrática” (FRANZESE, 2011, p. 19-20).

<sup>686</sup> Observa-se que dentre as fontes citadas pelos autores para descrever esse sistema participativo brasileiro encontram-se citações de ao menos três trabalhos de Labra. Além disso, sob uma perspectiva mais geral, os autores afirmam que as boas práticas de participação cidadã que têm sido desenvolvidas em diversas áreas no Brasil têm servido como referência internacional para países ibero-americanos e europeus impulsionarem projetos que envolvam a cidadania na tomada de decisões de políticas públicas. Interessante ressaltar que no trabalho há menção ao movimento sanitário (GARCÍA; GIL, 2011, p. 52-55).

brasileiros são citados dentre as boas práticas de participação cidadã em saúde que têm destaque na América do Sul.

As Conferências Nacionais de Saúde e o Conselho Nacional de Saúde existem desde janeiro de 1937. Eles foram instituídos durante o governo de Getúlio Vargas por meio da Lei 378/37 que estabeleceu nova organização ao Ministério de saúde e educação (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.004).

As Conferências Nacionais de Saúde foram criadas para assessorar o Ministério. E, apesar de sua criação datar de 1937, a primeira Conferência só foi convocada em 1942 (GERSCHMAN; VIANA, 2005, p. 313). Já o Conselho Nacional de Saúde, criado no mesmo ano das Conferências, operou de forma irregular e inexpressiva até o ano de 1974. Até a década de 90 ele não teve muita importância nem na formulação nem no acompanhamento das políticas de saúde (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 997-999).

Com a Lei 8.142/90 alteraram-se as previsões relativas a esses espaços. Eles passam a ter novo significado, função e composição. Sem pretensão de comparar a situação atual com aquela vigente antes da década de 90, tecer-se-ão algumas explicações sobre as Conferências de Saúde e, logo em seguida, sobre os Conselhos de Saúde.

A 8ª Conferência de Saúde, realizada no ano de 1986, já havia dado outro sentido à arena das Conferências. A composição dos delegados foi alterada, passando a incluir a sociedade civil organizada, conformando “nova institucionalidade”, já que, mesmo sob a convocação do poder executivo e visando auxiliá-lo, tal arena “passou a ter ‘vida própria’, tentando constituir-se em um ‘ente’ à parte, autônomo e independente” (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 83).

As Conferências de Saúde foram tratadas no artigo 1º da Lei 8.142/90 sob os seguintes termos:

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a *representação dos vários segmentos sociais*, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocadas pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. (BRASIL, 1990a, grifo nosso)

Dessa maneira, elas consistem em foros de discussão organizados periodicamente, de forma descentralizada, com intuito de colaborar para a “formação da agenda da política de saúde no país como um todo, abordando os principais problemas da área e abrindo espaço para que os diferentes atores da sociedade manifestem suas prioridades e orientações políticas” (FRANZESE, 2011, p. 30).

A *representação* dos usuários na arena será paritária em relação ao conjunto dos outros segmentos, conforme o § 4º do mesmo artigo. No entanto, cabe ressaltar a consideração de que a composição da Conferência por “vários segmentos sociais” ficou vaga em relação à representação prevista para os conselhos de saúde (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 84), que será analisada mais a frente.

O regimento das Conferências, com suas normas de organização e de funcionamento, deve ser aprovado pelo respectivo conselho, de acordo com o disposto no § 5º do artigo em referência (BRASIL, 1990a). Tais normas são fundamentais para que no espaço de conflito de interesses a argumentação e construção de consenso sejam a base das políticas deliberadas (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.006).

Em relação à regulamentação das Conferências, podem-se destacar duas situações: a primeira relativa à sua escassez na legislação e nas resoluções e, a outra, relacionada à alusão constante às deliberações formuladas nas próprias conferências “para consubstanciar o que seria o papel a ser desempenhado pelas instâncias de controle social, [...]” (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 84-85). Fato que explica a importância dos relatórios finais de cada Conferência.

O relatório final da 9ª Conferência Nacional de Saúde, cujo tema central foi “Municipalizar é o caminho”, é exemplo disso. Em tópico específico sobre as Conferências de saúde, fez-se constar que esses espaços são deliberativos e essenciais para o processo decisório e debates de alternativas para a saúde de todos. Em suas propostas constam, dentre outras:

[...] a garantia do caráter deliberativo das conferências por meio de lei específica; a obrigatoriedade de realização das conferências em todos os níveis com periodicidades diferenciadas – municipal, no máximo de dois em dois anos, estadual, de dois em dois anos, e nacional, de quatro em quatro [...]. (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 87)

Além disso, foi dessa Conferência que os delegados “passaram a ser 50% de entidades representativas dos usuários, e os restantes 50% divididos entre trabalhadores de saúde (25%) e gestores e prestadores (25%)” (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.006).

Apesar da importância de tais relatórios, deve-se visar e considerar que a Conferência de Saúde consiste em conjunto de eventos e não apenas no dia final. Tendo em vista essa realidade, Carvalho (2007, p. 110; 113) apresentou uma proposição de “formatação da Conferência”, segundo a qual haveria: a) a proposta – fase em que ocorreriam palestras e pré-conferências à base de trabalhos de grupo; e b) a Conferência Municipal de Saúde, a ser organizada em quatro blocos. O primeiro com abertura solene e Conferência Magna de abertura; o segundo com discussão de problemas e soluções levantados no âmbito municipal – sempre em conexão com as esferas estadual e federal; o terceiro bloco com a Assembleia Geral (Plenária Final); e o quarto bloco com sessão de encerramento e de homenagens.

A complexidade e o número de eventos envolvidos incrementam-se à medida que se analisam as Conferências nos demais níveis de governo: o estadual e federal. A título exemplificativo e considerando apenas parte da complexidade do processo que envolve as Conferências no âmbito nacional, destaca-se que elas “são precedidas por conferências municipais e estaduais ainda que não esteja estabelecido um fluxo ascendente de deliberações” (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.006).

Da última afirmação constata-se a necessidade de rever o funcionamento de tal fluxo para que os eventos anteriores à Conferência Nacional tenham real sentido. Sob essa perspectiva Carvalho observa que o movimento ascendente criado para fazer as conferências, “a partir de pré-conferências em bairros e regiões, seguidas das conferências municipais, regionais, estaduais e da nacional é um bom caminho”. No entanto, ele destaca que há necessidade de valorização efetiva de tal processo. Isso para evitar que se inicie no âmbito nacional novo processo desconsiderando tudo o que ocorreu anteriormente (CARVALHO, 2007, p. 97).

O objetivo das Conferências é proporcionar melhorias na saúde da população. O que explica sua ação ser voltada para o conhecimento daquilo que deveria ser realizado para alcançar a garantia da saúde de acordo com o desejo da sociedade, esteja ele explícito ou não no corpo da lei (CARVALHO, 2007, p. 106).

Segue nesse sentido, e com mais detalhes, a afirmação constante em publicação do Ministério da Saúde, coordenada por Dallari e redigida por Aith:

As conferências de saúde, realizadas periodicamente, produzem diretrizes e orientações para os gestores de saúde, configurando um momento de reflexão plural e abrangente da situação da saúde pública do Brasil e das possíveis ações que podem ser adotadas para sua melhoria. Reúnem profissionais de todas as áreas para a discussão de indicadores de saúde, de questões administrativas e organizacionais do SUS, de questões de financiamento e gastos em saúde, enfim, as conferências representam o momento maior do exercício da democracia sanitária no Brasil, devendo as autoridades públicas de saúde observar as deliberações o mais fielmente possível. *Embora as deliberações tomadas nas conferências de saúde não tenham força normativa nem vinculem o gestor, elas corporificam a vontade da sociedade e possuem a força que somente a legitimidade social pode oferecer.* (BRASIL, 2006, p. 66-67, grifo nosso)

Dá a importância de se organizar o fluxo ascendente das *propostas* dos três níveis de governo. Pois é um meio de permitir que as necessidades e vontades *decididas* pela comunidade nas conferências no âmbito municipal e/ou estadual e que não tenham solução nesses níveis de governo possam alcançar a arena federal e, assim, a agenda e formulação das políticas nacionais de saúde<sup>687</sup>.

É uma maneira de garantir que as Conferências exerçam um de seus aspectos mais significativos para o Sistema de Saúde: conferirem legitimidade para as políticas do setor por meio do debate democrático (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 112).

---

<sup>687</sup> Nesse sentido, e discorrendo sobre o tema, Carvalho (2007, p. 97) afirma que: “Em âmbito de município se deveria verificar as decisões anteriores das pré-conferências e da Conferência Municipal e separar o cumprido do não cumprido, atualizar as demandas e propostas e fazer o consolidado municipal. Do município só deveria subir às regiões e ao estado aquilo que for de sua amplitude. Não se pode em âmbito estadual discutir polêmicas de características apenas locais. Nos estados se poderia fazer o mesmo: levantar decisões regionais e estaduais anteriores, cotejar com o realizado e somar a diferença com as novas queixas e propostas. Para a Conferência Nacional subiriam apenas as questões gerais e não mais aquelas que poderiam ter sua solução em âmbito estadual.”



O fato de as deliberações das Conferências não terem caráter vinculativo, conforme consta na citação acima efetuada, não retira a relevância de tais arenas para o SUS<sup>688</sup>. No entanto, conduz à afirmação de que elas não sejam deliberativas (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.006; CORREIA, 2000, p. 68) e de que funcionem mais como mecanismo de escuta da sociedade, já que seus debates e propostas finais nem sempre são transformados em ações do poder Executivo (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.006).

Embora não vinculem os Poderes Executivo e Legislativo quando da produção de normas jurídicas, tais deliberações/propostas gozam de imensa capacidade de influência. E são, por isso, consideradas como importante fonte indireta do direito sanitário (AITH, 2007, p. 158).

É um dos pontos distintivos entre o papel das Conferências e aquele desempenhado pelos Conselhos. A Lei 8.142/90 foi clara ao estipular o poder deliberativo dos Conselhos de Saúde. No § 2º do artigo 1º está previsto que:

O Conselho de Saúde, em caráter permanente e *deliberativo*, órgão colegiado composto por *representantes do governo, prestadores de serviços profissionais de saúde e usuários*, atua na *formulação de estratégias* e no controle da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (BRASIL, 1990a, grifo nosso)

Para Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 95), a institucionalização da participação da comunidade com poder deliberativo em tais conselhos exige exame que coloque em evidência os objetivos que a lei atribuiu a

---

<sup>688</sup> Escorel e Rasga Moreira (2008, p. 1.006) ressaltam que “é inegável a influência desses fóruns em processos como o da intensa municipalização a partir da 9ª CNS, ou o crescimento da importância do controle social a partir dos conselhos de Saúde depois da 10ª CNS (Escorel & Bloch, 2005)”. Maria Valéria Costa Correia (2000, p. 68) afirma que, apesar de não apresentarem poder deliberativo, “as conferências de saúde têm legitimidade, mobilizam as entidades e organizações da sociedade e os trabalhadores da área nos municípios e nos estados, levando-os, por meio de um processo de eleição na Conferência Municipal e na Conferência Estadual de Saúde, à CNS”.

tais espaços. Daí ser necessário destacar o seu papel *decisório*, e não apenas consultivo, na formulação de estratégias e no controle da política de saúde na instância correspondente, conforme o disposto na citação supra.

A criação dos conselhos como foros deliberativos que compõem a “engenharia” política e institucional do SUS representa grande e essencial mudança para a democratização das decisões no setor saúde (LABRA, 2005, p. 35).

Para que a mudança e os objetivos e papéis de tais espaços sejam compreendidos, é importante visar que a participação preconizada para tais arenas não se restringe ao controle social, apesar deste ter sido um termo muito utilizado e difundido na área da saúde. Nesse sentido, é preciso alterar o enfoque: de *controle social* para *participação da “comunidade”*. Primeiro porque é o “termo-mãe” que consta tanto na Constituição de 88 quanto na Lei 8.080/90. Depois, porque é mais abrangente e profundo que o primeiro. Ele engloba tanto a função de *controle social* quanto a *ação* e a *proposição* (CARVALHO, 2007, p. 44-48).

Assim, o “controle da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros”, previsto no § 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90, é apenas uma das funções da participação. A *ação* está relacionada ao comportamento individual de cada cidadão. E a outra função, a *proposição*, é, segundo Carvalho (2007, p. 46-48), a soma da ação pessoal com o “caráter propositivo de sua intervenção na sociedade e nos governos. Participar com idéias e assunção de idéia, bem como buscar saídas individuais e coletivas”.

É a última função, de proposição, que mais interessa ao presente trabalho. Ela que se conecta de maneira mais íntima à formulação das políticas de saúde, ou seja, aos processos decisórios nos quais os conselhos de saúde desempenham o papel de atores na formulação de propostas e estratégias para tais políticas.

Para facilitar a compreensão de tema tão complexo, procura-se visualizar a atuação dos Conselhos de saúde sob duas perspectivas que, apesar de divididas por motivos metodológicos, estão sempre conectadas: uma geral, na qual eles são atores inseridos em processo decisório mais amplo; e uma mais restrita, a qual permite analisar os atores que atuam nas arenas como *representantes* da comunidade quando da formulação da política de saúde.

O aspecto mais amplo permite compreender que as decisões dos Conselhos, por estarem inseridas em processo político decisório mais

abrangente, estão condicionadas pela atuação de outros atores e, assim, por diversos fatores externos a eles. É o que se percebe, por exemplo, diante da submissão dos Conselhos às leis elaboradas pelo poder legislativo, dentre as quais, particularmente, estão as orçamentárias.

Além das leis que dispõem sobre orçamento ou emenda a ele, a Emenda Constitucional 29/2000 e a recente regulamentação do § 3º, do artigo 198 da Constituição, inserido pela referida emenda<sup>689</sup>, são exemplos típicos da atuação direta do legislativo na formulação das políticas de saúde (FRANZESE, 2011, p. 29).

Nesse sentido, a EC 29/00 já havia estipulado, conforme o artigo 198, § 2º, I a III da Constituição, que cada nível de governo deveria aplicar percentuais mínimos de recursos para a saúde<sup>690</sup>. A Lei Complementar 141/12, a qual regulamentou o § 3º, do artigo 198 ora mencionado, não só dispôs sobre os valores mínimos que devem ser aplicados, como também estipulou, dentre outras questões, o que serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 2012). Como se vê, são temas que afetam diretamente as proposições e deliberações a serem formuladas sobre as políticas do setor no âmbito dos Conselhos.

Ao analisar o problema da “judicialização” de medicamentos excepcionais, Agustini (2009, p. 247) chamou atenção para o fato de que

[...] as políticas públicas do Sistema Único de Saúde representam uma ação conjunta dos vários entes da Federação com decisões envolvendo o Congresso Nacional, o Poder Executivo e vários órgãos da sociedade brasileira, e precisam ser reforçadas pelo Poder Judiciário.

Franzeze (2011, p. 23; 29) aponta o Executivo, o Legislativo, as agências administrativas e as instâncias do Judiciário como formuladores oficiais de política pública e menciona a influência clara tanto do legislativo quanto do Ministério Público e do Judiciário no momento de formulação. No entanto, além da atuação de todos esses atores na produção das políticas, a autora destaca a interferência direta dos cidadãos

---

<sup>689</sup> A autora refere-se apenas à Emenda Constitucional. Não seria possível, no ano de 2011, fazer menção à Lei Complementar, que é de 2012.

<sup>690</sup> Os recursos mínimos foram previstos até 2004 no artigo 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição de 1988.

nestas por meio dos mecanismos de democracia participativa, dentre os quais se encontram os Conselhos de Saúde<sup>691</sup>.

Por isso, verifica-se que

[...] na sociedade contemporânea o direito à saúde exige tanto a participação do Parlamento, legítimo representante dos interesses envolvidos tanto no processo de produzir e consumir quanto de controlar os riscos sanitários, como a participação dos cidadãos na elaboração e na implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 16-17)

Apesar da importância desse aspecto mais geral do processo de formulação das políticas públicas, que foi apenas traçado resumidamente, é a perspectiva mais restrita que condiz com as delimitações que vêm sendo efetuadas no decorrer da presente tese. Isso porque é ela que oferece um quadro propício para análises acerca de questões como, por exemplo: representação de interesses; democracia representativa/participativa; vinculatividade e formalização das deliberações participativas; e, enfim, exercício do direito coletivo à saúde.

No artigo 1º, § 2º, da Lei 8.142/90, há pouco transcrito, verifica-se que a composição dos Conselhos de Saúde recebeu tratamento mais detalhado do que a composição das Conferências, constante no § 1º. Para estas foi prevista a representação de “vários segmentos sociais”, enquanto para aqueles a lei estipula a representação por meio de “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários” (BRASIL, 1990a).

Segundo Carvalho (2007, p. 59; 63), além dos representantes listados com base no § 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90, na composição dos Conselhos deve constar, como membros natos, aqueles indicados nas previsões constitucionais do artigo 10<sup>692</sup> e do artigo 194, VII<sup>693</sup>. O que o

<sup>691</sup> A autora refere-se, também, às Conferências de Saúde.

<sup>692</sup> **Art. 10.** É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. (BRASIL, 1988)

<sup>693</sup> VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998*) (BRASIL, 1988)

leva a concluir que “não pode deixar de existir nos conselhos: a) usuários, entre os quais estariam obrigatoriamente os trabalhadores, empregados e aposentados; b) governo; c) prestadores de serviços; d) trabalhadores e profissionais de saúde”. A representação dos usuários para além dessa composição descrita na alínea “a”, com base na Constituição e na lei, será definida pelo município ou Estado em virtude de suas peculiaridades locais e circunstâncias temporais.

No § 4º do mesmo artigo determinou-se a representação paritária dos usuários em relação ao conjunto dos demais elementos. Regra aplicável tanto aos Conselhos quanto às Conferências, conforme visto. (BRASIL, 1990a). Mas, ao vincular o repasse de recursos – para os estados, municípios e Distrito Federal – à criação de Conselhos de Saúde<sup>694</sup>, a lei estabeleceu que a paridade fosse organizada de acordo com o Decreto 99.438/90, que dispunha sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 1990a).

Apesar da menção a esse Decreto, que foi revogado pelo Decreto 5.839/06<sup>695</sup>, a paridade rigorosa entre os segmentos “só foi proposta na Resolução 33/1992, do Conselho Nacional de Saúde (mais tarde ratificada pela Resolução 333, de 2003), e nas Recomendações da 10ª e da 11ª Conferências Nacionais de Saúde”. A partir de então a paridade passou a estabelecer que “50% dos conselheiros deve ser representantes do segmento dos usuários, 25% dos trabalhadores de saúde e os demais 25% formados por gestores e prestadores de serviços”<sup>696</sup> (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1002).

---

<sup>694</sup> “As leis do SUS acima mencionadas [8.080/90 e 8.142/90] e a edição das Normas Operacionais Básicas (NOB) de 1991, 1993 e 1996, relativas à descentralização, fomentaram a criação dos CS. Particularmente a última, implementada a partir de 1998, deu impulso definitivo à disseminação dos colegiados em todo o país devido, sobretudo, à exigência do funcionamento destes para o Ministério da Saúde repassar recursos financeiros a estados e municípios para diversos programas. Dessas exigências, as que aqui interessam referem-se à obrigatoriedade, por parte do gestor do SUS, no nível que corresponda, de submeter anualmente ao CS o Plano de Saúde, a Programação Pactuada e Integrada (ações, metas e orçamento) e o Relatório de Gestão em tempo prévio hábil para permitir a discussão pertinente.” (LABRA, 2005, p. 365)

<sup>695</sup> Este Decreto revogou também outros que dispunham sobre o Conselho Nacional de Saúde: 4.878, de 18 de novembro de 2003, 5.485, de 4 de julho de 2005, e 5.692, de 7 de fevereiro de 2006 (BRASIL, 2006b).

<sup>696</sup> É o que consta no Decreto 5.839/06, que dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde:

Tenha-se em vista que os conselheiros *representam* as entidades que os indicaram. Assim, “a vaga no conselho de saúde é da entidade e não do conselheiro, podendo esta o substituir a qualquer tempo”. Por isso a paridade pode ser colocada da seguinte forma: “50% das vagas são destinadas às entidades do segmento usuário. Os outros três segmentos terão a seguinte divisão: 25% para as entidades de Profissionais de Saúde e 25% para governos e prestadores de serviço”<sup>697</sup> (BALSEMÃO, 2002, p. 183, grifo nosso).

Para o Conselho Nacional de Saúde a Lei 8.142/90, no artigo 1º, § 3º, estipulou, ainda, a representação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (BRASIL, 1990a).

No que diz respeito aos Conselhos estadual e municipal, sua composição e atribuições serão previstas por meio de lei estadual e municipal, respectivamente, sempre em conformidade com os termos da Lei 8.142/90 (CORREIA, 2000, p. 79).

A essa altura, é importante recordar, conforme já abordado no tópico 2.2, que tanto a Lei 8.080/90 quanto a 8.142/90 não foram suficientes para operacionalizar o SUS. E que, diante disso, foram sendo elabo-

---

“**Art. 3º.** O CNS é composto por quarenta e oito membros titulares, sendo: I – cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS; e II – cinquenta por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, de representantes do governo, de entidades de prestadores de serviços de saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS e de entidades empresariais com atividade na área de saúde. § 1º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo observará a seguinte composição: I – vinte e cinco por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde; II – vinte e cinco por cento de representantes distribuídos da seguinte forma: a) seis membros representantes do Governo Federal; b) um membro representante do CONASS; c) um membro representante do CONASEMS; d) dois membros representantes de entidades de prestadores de serviços de saúde; e e) dois membros representantes de entidades empresariais com atividades na área de saúde. § 2º Os representantes de que tratam as alíneas “b” à “e” do inciso II do § 1º serão indicados respectivamente pelos presidentes das entidades representadas. § 3º Os membros titulares terão primeiros e segundos suplentes, indicados na forma do regimento interno. (BRASIL, 2006b)

<sup>697</sup> Lista das representações que poderão ter assento no Conselho de Saúde está incluída em diretriz da Resolução 333/2003 (LABRA, 2005, p. 374).

radas as NOBs, NOAs e o Pacto pela Saúde de 2006. A ressalva faz-se necessária porque, apesar das previsões constitucionais e legais para a criação dos Conselhos de Saúde, foram essas normativas, principalmente as NOBs, que estimularam a criação das arenas.

Labra (2006, p. 205; 2005, p. 365) posiciona-se nesse sentido. Para a autora, foram as Leis do SUS e as NOBs de 91, 93 e 96, voltadas particularmente para a questão da descentralização, que impulsionaram a criação dos Conselhos. Dentre as NOBs, a de 1996 desempenhou papel fundamental. Ao exigir o funcionamento dos conselhos para que os Estados e Municípios recebessem repasses de recursos financeiros do Ministério da Saúde, a Norma deu estímulo definitivo para a propagação dos Conselhos por todo o país. Com isso, não bastava a criação dos Conselhos, prevista no artigo 4º, II, da Lei 8.142/90. Deveria ser constatado o seu pleno funcionamento.

Os conselhos de todos os níveis de governo devem ter, assim como as conferências, organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio e aprovado pelo conselho respectivo, de acordo com o § 5º do artigo 1º da Lei 8.142/90.

O assunto relaciona-se com mais um traço distintivo entre os Conselhos e as Conferências. Conforme acima mencionado, há escassez de normas e resoluções sobre as Conferências. Em relação aos Conselhos:

Além da regulamentação mais ampla, realizada na Lei n. 8.142/90, o Conselho Nacional de Saúde elaborou e aprovou três resoluções sobre ‘Diretrizes para Criação, Reformulação, Estruturação e Funcionamento dos Conselhos de Saúde’: a Resolução 33, de 23 de dezembro de 1992; a Resolução 319, de 7 de novembro de 2002; e a Resolução 333, de 4 de novembro de 2003. (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 85)

No ano de 2011<sup>698</sup>, o Ministério da Saúde disponibilizou a consulta pública aberta pelo Conselho Nacional de Saúde sobre a “proposta de revisão da Resolução nº 333, de 4 de novembro de 2003”<sup>699</sup>.

---

<sup>698</sup> “A proposta esteve disponível no site do CNS para consulta pública inicialmente entre os dias 21 de julho e 21 de setembro e foi prorrogada pelo prazo de 30 (trinta) dias que vai de 29 de novembro a 29 de dezembro de 2011.” (BRASIL, 2011). Site do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp\\_print\\_completo.php?d=3008](http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp_print_completo.php?d=3008)>.

Nos tempos atuais há conselhos atuantes nos três níveis de governo. Mas é importante esclarecer que a atuação dos diferentes conselhos não se dá da mesma forma. Há grande diversidade em relação ao funcionamento efetivo dos mesmos. Isso assinala grandes desafios a serem enfrentados em busca da sua concretização como arenas de gestão participativa e de controle social (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2008, p. 453).

Verifica-se, por exemplo, situações nas quais os conselhos municipais foram criados apenas para cumprir as exigências legais e formais necessárias para que houvesse o repasse de recursos. E, ao mesmo tempo, constata-se experiências em que a criação dos conselhos aproximou concretamente a comunidade local e a administração pública (AMANTINO-DE-ANDRADE; ARENHART, 2004, p. 36).

Além disso, existem conselhos que agem livremente e de forma autônoma enquanto outros são “tutelados” pelo Poder Executivo (SILVA, 2001, p. 129). Nesse aspecto, apesar de terem sido criados por influência das pressões sociais, os Conselhos, e também as Conferências, tanto podem ser arenas de efetiva participação e controle social, quanto podem se transformar em instrumentos de legitimação “do poder dominante e de cooptação dos movimentos sociais” (CORREIA, 2000, p. 63).

As atribuições dos conselhos, definidas por lei,

[...] contemplam as funções de definir as prioridades de saúde para cada nível de governo, aprovar o orçamento da saúde e receber e aprovar a prestação de contas dos gastos efetuados – isto é, passam por praticamente todas as fases da política pública. (FRANZESE, 2011, p. 30)

Embora a atuação dos conselhos compreenda quase todas as etapas da política, coloca-se a fase de formulação<sup>700</sup> em evidência por ser o

---

<sup>699</sup> Conforme noticiado no *Blog* criado pela autora sob o título: “De olho na participação em saúde: consulta pública sobre: Proposta de Revisão da Resolução nº 333, de 4 de novembro de 2003”. Disponível em: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2011/07/de-olho-na-participacao-em-saude.html>>.

<sup>700</sup> Apesar da atenção dispensada à fase de formulação, recorda-se a importância da participação social no momento da implementação, tendo em vista que de nada vale as políticas serem formuladas com a participação social



momento em que as decisões sobre o conteúdo do direito à saúde são tomadas. Schwartz (2001, p. 122) considera que

Os Conselhos de Saúde, na esfera de governo correspondente, como se verá adiante, tornam-se reais instrumentos da participação popular na saúde, já que dita participação é obrigatória em seus órgãos colegiados, e, também, porque são esses Conselhos que, de acordo com as pormenoridades e particularidades regionais, formularão as políticas de saúde a serem implementadas naquele limite geográfico. Vale dizer: definirão que tipo/modalidade de saúde deve ser garantida aos cidadãos-alvo das decisões de cada Conselho.

Diante disso, é importante recordar e ressaltar que na fase da formulação os Conselheiros *representam* a comunidade na definição da ação do Estado para a área da saúde e, especificamente, na definição do “interesse público” ou “interesses públicos” para a o setor saúde<sup>701</sup> (BUCCI, 2006, XLII). É aqui que a criação e o funcionamento dos Conselhos inovam ao garantir configuração para o exercício do direito de todos à saúde que não se restrinja à atuação e vontade do Estado.

No entanto, de tais considerações, e tendo em vista que a “vaga” nos conselhos é direcionada a *entidades* que indicam os conselheiros, coloca-se a questão de saber se e até qual ponto esses atores que compõem os conselhos de saúde deliberam a favor de todos, ou seja, se decidem em prol do “interesse público” em saúde ou não.

Cabem aqui os questionamentos postos por Coutinho (2006, p. 47). Após considerar que falar em política é, em grande medida, falar em representação de interesses e, assim, da formulação de políticas que viabilizam ou impedem tais interesses, o autor elabora as seguintes perguntas: “1) *Como* os interesses são representados?”; “2) *De quem* são os interesses representados?; “3) Qual é a *justificação* para representar interesses?”.

---

se a sua implementação/execução, pelos administradores, “sempre faz ou altera as políticas de algum modo” (LINDBLOM, 1981, p. 60).

<sup>701</sup> Ressalta-se que a autora mencionada fala da formulação da política pública em aspecto geral, conforme referência feita no tópico anterior. Ela não se atém ao setor saúde – do qual não faz menção nem às suas políticas nem aos seus Conselhos.

Ao considerar o âmbito local percebe-se que entre os diferentes atores que atuam nesses espaços não há os mesmos interesses. Eles “organizam-se de estratégias que esses atores constroem, consciente ou inconscientemente, no processo de interação” (SILVA, 2001, p. 98).

Cohn (2005, p. 399) alerta que até os anos 90 os movimentos sociais, mesmo diante das peculiaridades acerca das necessidades de saúde, ainda conseguiam reunir forças em torno de demandas gerais e universais. Ocorre que, atualmente, a tendência é que tais demandas se traduzam em questões particulares que se identificam com grupos seccionados, e que se transformam,

[...] nos espaços públicos, numa somatória de demandas competitivas entre si por recursos sempre e crescentemente escassos diante, de um lado, das restrições macroeconômicas, e de outro, da magnitude e da complexidade das necessidades de saúde que a sociedade brasileira é portadora.

Diante do cenário e das considerações elaboradas sobre a composição dos representantes dos Conselhos de Saúde, pode-se constatar que a utilização do termo *comunidade* para qualificar a participação que se desenrola nesses colegiados participativos e institucionalizados não corresponde ao sentido que lhe é atribuído nos documentos internacionais citados no início do presente tópico e menos ainda ao sujeito *Sociedade* a ser (re)inserido no cenário jurídico-político pós-moderno nos termos traçados no título 1.3.

Apesar disso, os Conselhos indicam, mesmo diante de limitações, dificuldades e críticas – que não serão objeto de análise no presente trabalho<sup>702</sup> –, alguns avanços em direção àquelas três características da

---

<sup>702</sup> Apenas a título exemplificativo, verifica-se que “os colegiados, em maior ou menor medida, apresentam uma série de problemas que abrangem desde os estatutos e o funcionamento até a representatividade dos conselheiros e a inoperância do controle social” (LABRA, 2005, p. 370).

“No plano geral constata-se o imenso avanço no engajamento da sociedade civil em arenas de participação das políticas públicas. Todavia, apesar dos grandes progressos em termos de democratização e politização da gestão pública, valores próprios de uma democracia republicana e pluralista moderna estão longe de permear a Nação: atores políticos, agências executivas, gestores, organizações sociais e indivíduos mostram baixos índices de adesão à democracia e de confiança na lisura dos governos e das instituições. Mais ainda, a desigualdade social e econômica, a pobreza e a miséria

participação em saúde retiradas do documento da Organização Mundial da Saúde: a parceira entre “comunidade” e outras partes do sistema de saúde; o envolvimento da “comunidade” de modo a influenciar os processos de tomada de decisão no que diz respeito ao sistema de saúde; e os próprios Conselhos consistem em mecanismos formais que buscam para garantir tal envolvimento nos processos decisórios.

Assim, se por um lado, e sem dúvida, os Conselhos de Saúde representam grandes avanços para a relação estabelecida entre Estado e “sociedade” nos procedimentos relativos às políticas de saúde, por outro, percebe-se que tais avanços baseiam-se em sentido *restrito* de comunidade, apoiado na representatividade.

Questão que, junto à representação, é apontada como um dos dilemas “muito difíceis de resolver” no âmbito dos Conselhos de Saúde (LABRA, 2005, p. 380).

Apesar da observação da autora acerca do sentido limitado de comunidade, que será objeto de análise mais apurada no próximo capítulo, há diversos posicionamentos acerca do caráter participativo de tais colegiados.

Nesse sentido, os Conselhos são considerados mecanismos de democracia participativa “que permitem aos *cidadãos participar diretamente, ou por meio de associações representativas*, no processo de tomada de decisões políticas” (MAUÉS; SIMÕES, 2002, p. 63, grifo nosso).

De forma mais particularizada, são tidos como novas fórmulas de participação na administração pública<sup>703</sup> (LEAL, 2006, p. 54; 155-158). Ou, ainda, como arenas que combinam características da democracia representativa com aquelas da democracia direta (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.002).

Frente ao panorama traçado não há como desconsiderar a inovação que os Conselhos de Saúde representam para uma gestão mais democratizada do SUS e de suas políticas. No entanto, o que se questiona, e que também será objeto do próximo tópico, é se esses espaços deliberativos, da forma como estão institucionalizados atualmente, realmente consistem em mecanismos de participação pós-moderna, de democracia

---

agravam a permanência de relações assimétricas e autoritárias que, como argumenta O'Donnell (2004), repercutem na maneira como as burocracias do Estado tratam a maioria dos indivíduos.” (LABRA, 2005, p. 379)

<sup>703</sup>

Conforme já citado no tópico 3.1.

participativa que permite a *atuação direta da “comunidade”* nos processos decisórios sobre a formulação das políticas de saúde ou se eles apresentam mais identidade com a democracia representativa, moderna, mesmo que sob a perspectiva ampliada da representação<sup>704</sup>.

A importância de tais questionamentos fica mais clara quando se recorda que as deliberações dos conselheiros, enquanto representantes da comunidade na formulação das políticas de saúde<sup>705</sup>, consistem numa forma de conferir legitimidade a tais políticas. E que, nesse sentido, os Conselhos podem ser vistos como alternativa para lidar com a própria crise de legitimidade e representatividade do Estado.

Diante do reconhecimento da relevância de tais decisões é preciso mencionar que o mesmo § 2º, do artigo 1º, da Lei 8.142/90 que lhes concedeu caráter deliberativo também exigiu que tais deliberações fossem homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada nível de governo (BRASIL, 1990a).

Para Correia (2000, p. 67) isso evidencia que a lei, de um lado, aumentou o poder do conselho e, de outro – e de forma concomitante –, o restringiu ao exigir que as deliberações fossem homologadas pela autoridade competente, o que a autora chamou de “permissão” do dirigente do Sistema de Saúde.

As decisões deliberativas dos Conselhos são exteriorizadas sob a forma de Resoluções. Em virtude da previsão legal supramencionada, para que esses instrumentos sejam incorporados ao ordenamento jurídico e passem a ter caráter vinculante – no âmbito de alcance do ato administrativo<sup>706</sup> – eles devem ser devidamente homologados pelo chefe do Poder Executivo<sup>707</sup> (AITH, 2007, p. 159).

<sup>704</sup> Tal questionamento, que envolve termos como *democracia participativa*, *participação* e *participação em saúde*, temas recorrentes na pós-modernidade, tem que lidar com a própria dificuldade derivada da ausência de sentido único ou ao menos homogêneo para tais termos, conforme verificado tanto neste título quanto no 3.1.

<sup>705</sup> “Na formulação de políticas, a atuação dos conselhos deve ser propositiva, interagindo com o gestor do SUS naquela esfera (que tem assento no Conselho de Saúde) e com o Poder Legislativo” (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2008, p. 452).

<sup>706</sup> O autor fala apenas em caráter vinculante. A autora acrescentou a sentença “no âmbito de alcance do ato administrativo” tendo em vista a exposição elaborada no tópico anterior acerca da eficácia externa das Portarias.

<sup>707</sup> “No guia de referência para a criação e organização de conselhos de saúde elaborado pelo Ministério da Saúde (1994), lê-se que ‘nem todas as deci-

Dessa maneira, as deliberações dos Conselhos de Saúde são consideradas, assim como as decisões finais das Conferências, como fonte indireta de produção do direito sanitário. Já que, “em última instância, a fonte direta de produção das normas jurídicas nas respectivas esferas de governo continua sendo o chefe do poder executivo ou seu delegado”. A única possibilidade de tais Conselhos produzirem, diretamente, normas de direito sanitário está prevista no artigo 1º, § 5º, da Lei ora mencionada, que dispõe sobre a elaboração de normas de organização e funcionamento tanto dos Conselhos quanto das Conferências de Saúde (AITH, 2007, p. 160).

Considerando as críticas acerca da necessidade de homologação de tais deliberações, Correia (2000, p. 71) mencionou proposta constante do relatório final da 9ª Conferência Nacional de Saúde, segundo a qual se sugeriu que fosse acrescentado ao § 2º, do artigo 1º da Lei 8.142/90, a previsão de que as decisões não homologadas pelo chefe do executivo retornassem ao Conselho para apreciação. Para a autora, a mudança seria forma de ultrapassar a limitação imposta ao poder deliberativo dos conselhos. No entanto, ela destaca que a proposta, até o ano 2000, não havia sido efetivada nem recomendada em resoluções do Conselho Nacional de Saúde. O que comprova o caráter não deliberativo e não vinculativo das propostas das Conferências, conforme já analisado.

Os Conselhos e Conferências de Saúde são os espaços institucionalizados de participação no Sistema Único da Saúde. Ao lado deles existem várias iniciativas elaboradas pelo Ministério da Saúde com intuito de criar outros canais de participação dos usuários. Algo que condiz com os preceitos constitucionais já citados precedentemente.

A criação da política nacional de gestão estratégica e participativa, o Participa SUS<sup>708</sup>, é grande exemplo. Ela foi criada para orientar “as

---

sões deliberadas pelo Conselho são passíveis de homologação. Devem ser homologadas apenas as deliberações normativas que impliquem a adoção de medidas administrativas da alçada privativa do dirigente do SUS, tais como: questões ligadas à reorganização administrativa, à aprovação do plano de saúde, à fixação de critérios e diretrizes da política de saúde, modificação de programas, prestação de contas etc.

As decisões que tenham caráter de recomendação ou as que promovam diligências não precisam ser homologadas, pois, nesses casos, a falta ou demora de homologação poderia prejudicar a atividade de controle e fiscalização que o Conselho desempenha’. (Brasil, 1994: 31)” (CORREIA, 2000, p. 67)

<sup>708</sup>

Fundamentada, dentre outros documentos, nas deliberações da XII Conferência Nacional de Saúde, de 2003 (BRASIL, 2009b, p. 5).

ações de governo na promoção, na qualificação e no aperfeiçoamento de gestão estratégica e democrática das políticas públicas no âmbito do SUS, nas respectivas esferas de gestão<sup>709</sup>. Dentre os mecanismos de escuta permanente das opiniões e manifestações da população estão previstos:

[...] as ouvidorias do SUS; os mecanismos participativos de monitoramento e avaliação da gestão, das ações e dos serviços de saúde; e as ações de auditoria que desencadeiam medidas para o aprimoramento da gestão do SUS, de forma eficaz nas três esferas de governo. (BRASIL, 2009b, p. 18-19)

Recentemente foram criadas redes sociais do Ministério para permitir o diálogo e a aproximação do governo federal com a sociedade. As informações divulgadas são ações de saúde pública que auxiliam na melhoria da qualidade de vida do cidadão, seja para a promoção da saúde, prevenção de doenças ou adesão da população às mobilizações de campanhas.

Dentre as redes sociais relacionadas no *site* do Ministério estão o *Facebook* e o *Twitter*<sup>710</sup>. Iniciativas que, dentre outras, comprovam que a Administração Pública está cada vez mais inserida na sociedade digital. E que tem procurado trazer a participação para essa nova realidade.

Essas iniciativas são cada vez mais importantes em cenário marcado pelo Estado democrático e pela pós-modernidade. Daí a importân-

---

<sup>709</sup> Em tal política considera-se que: “Formular e deliberar juntos significa um avanço para o controle social – e este é o efetivo desafio apresentado à gestão participativa, que requer a adoção de práticas e mecanismos inovadores que efetivem a participação popular. Pressupõe, portanto, a ampliação de espaços públicos e coletivos para o exercício do diálogo e da pactuação das diferenças.

Igualmente, é de fundamental importância a criação de alternativas eficientes de informação e de escuta do cidadão usuário e da população em geral, reformulando o conceito e a dinâmica das ouvidorias, transformando-as em fontes de informações privilegiadas para fomentar a gestão do SUS nas três esferas de governo. Torna-se necessário, também, aumentar a divulgação das prestações de contas e dos relatórios de gestão, favorecendo o acesso e a transparência no SUS.” (BRASIL, 2009b, p. 10).

<sup>710</sup> Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm/?portal=pagina.visualizarArea&codArea=348>>. Acesso em: set. 2011.

cia de que tais canais não se transformem em espaços de transmissão de informação do Ministério para os cidadãos. Eles devem ser utilizados para viabilizar a participação real e concreta de todos – e qualquer um – no SUS. Devem ser canais de mão-dupla.

Além dessas novidades, concebidas com intuito de contribuir para a participação no Sistema Único de Saúde, é preciso lembrar que o cenário tem sido, desde os anos 90<sup>711</sup>, marcado por outras transformações também provenientes do período de transição paradigmática, mas que não são tão favoráveis à participação da “comunidade”.

Apesar de a realização de audiências e consultas públicas pelo Ministério da Saúde e suas agências reguladoras, Anvisa e ANS, representarem avanços para a democratização da gestão das políticas de saúde, deve-se recordar, conforme visto no tópico anterior, que elas fazem parte de contexto mais complexo em que se recorre à categoria participação em meio a variáveis privatizantes e de redução de custos para saúde.

Além disso, a recente Lei Complementar 141/2012, que regulamentou o § 3º, do artigo 198 da Constituição, estipulou, no § 1º de seu artigo 31, que: “A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.” (BRASIL, 2012).

Transformações decorrentes da Reforma administrativa e, particularmente, das propostas de reforma dos Sistemas de Saúde que contaram com a inclusão do setor privado, sob a denominação “sociedade civil” – para o presente trabalho sob as características de “sociedade civil liberista”<sup>712</sup> – e sob as formas, por exemplo, de OSCIP e OS<sup>713</sup>, na implementação das políticas de saúde. Manobra que proporcionou nova configuração para a relação entre o público e o privado, entre o Estado e o mercado. Se antes se falava em dicotomia entre os dois setores, com o novo quadro fala-se em parceria.

Dando ênfase à mudança que o contexto provoca no conceito de “*community involvement in health*”, o texto da OMS publicado em 1999, com edição de Kahssay, relata que

---

<sup>711</sup> Conforme exposto nos tópicos 1.2 e 2.3.

<sup>712</sup> Explicada no tópico 3.1 e citada no 2.3.

<sup>713</sup> Exemplos do caso brasileiro já mencionado no tópico 2.3.

Houve uma modificação do entendimento do CIH, que remonta a meados da década de 1980, e que deve ser visto no contexto da agenda emergente da reforma do setor da saúde. O tom geral da instrução é de “parceria” entre comunidades e alguns serviços de saúde formais, com as primeiras assumindo responsabilidades, tanto administrativa quanto financeira para a manutenção e desenvolvimento desses serviços.<sup>714</sup> (WHO, 1999, p. 145-146).

O problema é que, ao atuar em parceria com o setor estatal, as atividades dessa “comunidade” ou “sociedade civil liberista” têm sido incluídas, por vezes sem distinção, dentre as iniciativas para democratização do setor saúde e de suas políticas. O uso indiscriminado do termo *sociedade civil* no Brasil tem permitido que a participação desses novos atores, que formam o chamado terceiro setor, seja confundida com aquela participação prevista no artigo 198, III, da Constituição. Faz-se a ressalva pelo fato de que a atuação da “sociedade civil liberista” na gestão do SUS não condiz com a diretriz constitucional de “participação da comunidade”. Ela, ao contrário, relaciona-se com lógica neoliberal que tem questionado os princípios de tal sistema, dentre os quais a universalidade.

Essa situação deve ser analisada como mais um elemento complexificador da participação da “comunidade” no SUS. Não pode ser vista como nova forma ou mecanismo da democracia participativa, pela qual o movimento sanitário tanto lutou. Precisa ser examinada de acordo com as reais características, ou seja, como novas atividades privadas desenvolvidas no âmbito das políticas de saúde que, enquanto existirem<sup>715</sup>, devem ser submetidas à “participação da comunidade”, nos ter-

---

<sup>714</sup> Tradução de: “*There has been a modification of the understanding of CIH which dates back to the mid-1980, and which should be seen in the context of the emerging agenda of the health sector reform. The general tone of the statement is one of ‘partnership’ between communities and a formal health services, with the former assuming responsibilities, both administrative and a financial, for the maintenance and development of these services.*” (WHO, 1999, p. 145-146).

<sup>715</sup> Sobre o cenário acima descrito verifica-se que “um grupo de pensadores da América Latina reafirmam a existência de um processo de mercantilização da saúde e a necessidade de desmercantilizá-la. Como estratégias, propõem-se controle social sobre o setor saúde público, o privado contratado e o puramente privado, e o estímulo à mobilização social pela saúde pública. Tais estratégias envolvem novos atores sociais – as organizações populares



mos da diretriz do SUS, tanto no aspecto de *controle* quanto de *ação e proposição*.

Pode-se concluir que as iniciativas de participação institucionais, como os Conselhos e Conferências, assim como aquelas não institucionalizadas, acima citadas, denotam importantes e significativos passos para a democratização do Sistema de Saúde e para lidar com as dificuldades e limites do próprio sistema representativo<sup>716</sup>.

Entretanto, embora representem avanços expressivos, tais iniciativas têm que lidar com muitos desafios<sup>717</sup>. Alguns próprios do contexto político, social e cultural da sociedade brasileira, os quais são entraves para a cultura participativa; outros herdados do paradigma moderno e, ainda, aqueles que surgem com as mudanças derivadas do período de transição paradigmática e são inseridos no paradigma pós-moderno que vem se formando.

É preciso, então, explorar novas alternativas para tentar contornar os obstáculos que dificultam a “participação da comunidade” na formulação das políticas de saúde. Empreendimento voltado para a construção do que vem sendo denominado “*democracia sanitária*”<sup>718</sup> (AITH, 2007, p. 155; 157) e que, sob a perspectiva da presente tese, poderá ser alcançado diante da (re)estruturação do direito e da política para lidar com as potencialidades do exercício coletivo do direito à saúde tomando-se por base o Sistema Único.

---

e as dos trabalhadores da saúde – que têm, hoje, no Brasil, um espaço de participação institucionalizado no SUS: as conferências e os conselhos de saúde. Estes últimos, com poder deliberativo sobre a alocação dos recursos públicos da saúde, podem tornar-se um espaço para a luta pela ampliação da aplicação dos recursos na rede pública, ou seja, nos bens de serviços coletivos de saúde sem a busca do lucro.” (CORREIA, 2000, p. 41-42).

<sup>716</sup> Nesse sentido, ressalta-se que, “no momento em que as democracias representativas, por todo o mundo, enfrentam dificuldades e descrenças de seus ideais, a valorização de espaços participativos pode ser um caminho para o aprimoramento democrático via a incorporação de segmentos até então aliados da possibilidade de formularem e interferirem na execução das políticas públicas.” (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.007).

<sup>717</sup> Existem muitos trabalhos que analisam as dificuldades enfrentadas principalmente pelos Conselhos de Saúde. Vários autores citados ao longo deste capítulo dedicam-se ao tema.

<sup>718</sup> Tema central do “IX Seminário Internacional de Direito Sanitário: Direito à Saúde e Democracia Sanitária: Pontes para Cidadania”. Informações em: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/2012/05/evento-ix-seminario-internacional-de.html>>.

### 3.3 A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: POR OUTRA PARTICIPAÇÃO

No capítulo inicial da tese verificou-se que a pós-modernidade consiste em paradigma de complexidade guiado pela lógica da conjunção e do resgate de elementos, de categorias, de atores e de conhecimentos excluídos do quadro social por meio de manobras de simplificação, redução e disjunção operadas pelo paradigma moderno<sup>719</sup>.

No cenário jurídico-político, as reduções e contrações seguiram os rumos traçados pela propriedade privada dominial e orientaram a conformação da estrutura integrada por dois grandes protagonistas – o Estado e o indivíduo – e por dois tipos de bens e seus regimes jurídicos – os públicos e os privados. Configuração da qual resultaram as grandes dicotomias que se propagaram e orientaram a modernidade e ainda são mantidas em plena pós-modernidade: Estado x indivíduo/(sociedade de indivíduos); bens públicos x bens privados; direito público x direito privado.

Nesse quadro, o próprio Estado foi criado para institucionalizar, legitimar e legalizar, principalmente por meio dos códigos, a propriedade privada, domínio dos indivíduos. A essa ficção denominada Estado coube, dentre outros papéis: proteger os direitos e liberdades individuais; representar a vontade geral, que nada mais era que a vontade de alguns proprietários; intermediar entre o público e o privado, sendo utilizado como apropriação privada do coletivo<sup>720</sup> em quadro no qual este se confundiu com o público-estatal (PILATI, 2005, p. 56) e a possibilidade de exercício e a tutela do direito coletivo à saúde ou estavam nas mãos do indivíduo ou nas do Estado.

Mesmo com as mudanças na configuração do Estado, diante da versão social e, posteriormente, de Estado Democrático de Direito e reformas neoliberais, a sua base de estruturação não sofreu alterações<sup>721</sup>. Por isso, os instrumentos criados no contexto de tais modelos estatais para tentar lidar com a complexidade do coletivo, como a função social, os direitos coletivos e difusos<sup>722</sup> e o terceiro setor não modificaram o cenário acima relatado.

Nesse sentido, observou-se que

---

<sup>719</sup> Conforme explicado especialmente no título 1.3

<sup>720</sup> De acordo com explicações tecidas nos tópicos 1.1 e 1.3.

<sup>721</sup> Explicações já elaboradas nos tópicos 1.1 e 1.2.

<sup>722</sup> Já mencionado no tópico 1.1 e que foi retomado no 3.1.

As categorias dos interesses difusos (no caso do mercado) e da função social da propriedade (na versão tradicional) representam avanços; porém, até um ponto. Não alteram a estrutura do individualismo, e contribuíram muito pouco ao restabelecimento do equilíbrio entre individual, coletivo e estatal. (PILATI, 2011, p. 76)

Essas breves descrições – que retomam explicações tecidas especialmente no tópico 1.3 e que se aplicam ao quadro brasileiro descrito no capítulo 2 e título anterior – reafirmam o caráter redutor e simplificador do paradigma jurídico-político da modernidade<sup>723</sup>, que obrou com base e por meio da seleção de algumas categorias centrais e da contraposição entre elas, formando panorama repleto de dicotomias que atuaram de forma a impedir a inclusão de terceiras hipóteses ou alternativas.

As dicotomias Estado x indivíduo/sociedade de indivíduos e público x privado não abriram espaço para terceira opção que fosse apropriada para lidar com o coletivo. No molde moderno não há espaço para se encaixar o terceiro elemento. Nesse quadro, a terceira alternativa, composta pela Sociedade, pelo coletivo, simplesmente foi relegada, sob as orientações do próprio modelo, ao papel de terceiro excluído. À sociedade não foi reconhecida a possibilidade de ser sujeito de direito. Os seus bens, sem possibilidade de autonomia, foram confundidos com os público-estatais e ficaram sob a tutela do Estado. Sem possibilidade de manifestar-se ou expressar-se juridicamente, a sociedade permaneceu à sombra do Estado e do indivíduo e teve seus atos condicionados à atuação do indivíduo no âmbito privado e do Estado no âmbito público<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup> De acordo com Grossi (2007, p. 63-64): “Talvez nós juristas não tenhamos plena consciência disso, mas ainda somos, em boa medida, os herdeiros e as vítimas da grande redução iluminista. ‘Iluminismo significa ampliação da capacidade humana de conceber e de reduzir a complexidade do mundo’, ‘desenvolvimento de mecanismos de redução da complexidade’, consiste na compreensão, mas também na redução de complexidade.”

Apesar de todas as críticas que elabora sobre o tema, Grossi (2007, p. 64) afirma que a “a redução teve e tem os seus valores positivos: a paisagem jurídica é simples, portanto, é clara; iluminada por um sábio monopólio centralista, também é harmoniosa. Resumindo, uma paisagem persuasiva que, aos olhos do historiador, sofre de dois vícios graves: a abstração e, conseqüentemente, a artificiosidade”.

<sup>724</sup> De acordo com o já disposto no tópico 1.3, com base principalmente nos ensinamentos de Grossi e de José Isaac Pilati.

Esse é o panorama de configuração jurídico-política do direito à saúde no Brasil. Direito que, apesar das características pós-modernas, continua sendo tratado sob a lógica moderna que inviabiliza a percepção e tratamento apropriado à dimensão coletiva, prevista constitucionalmente desde 1988.

As conquistas em torno da participação “comunitária” no SUS, detalhadas no título anterior, apontam avanços em relação ao exercício e à tutela do direito coletivo à saúde a partir do Sistema. Isso porque inauguram sistemática que, no âmbito do público, retira a exclusividade estatal de exercer tal direito por meio das políticas do setor. Apesar de essas manterem-se como importante instrumento do Estado para a concretização do direito coletivo à saúde, o seu conteúdo e, assim, as prioridades da área passaram a ser definidas por meio da atuação dos Conselhos de Saúde. Essa mudança implica significativas mudanças no panorama anterior. No entanto, não consegue libertar o SUS e o exercício coletivo do direito à saúde das amarras modernas, dicotômicas e, particularmente, de índole representativa.

O modelo participativo do SUS enfrenta, de forma geral, os mesmos problemas que as demais propostas de participação que surgem no período transicional sob a denominação de pós-modernas<sup>725</sup>: apesar de emergir no contexto de crítica às concepções da modernidade e das relações que nela se estabeleceram entre Estado x indivíduo (Sociedade de indivíduos), não se atenta para o fato de que as suas construções teóricas e práticas têm sido elaboradas do alicerce moderno.

Em ambos há apresentação de novos conceitos, discorre-se sobre novos espaços e novos sujeitos, mas eles não alcançam a complexidade da dimensão coletiva que é, naturalmente, participativa. Por isso, não conseguem incluir a Sociedade como categoria autônoma da pós-modernidade nem perceber que as alterações nas relações entre Estado x sociedade x indivíduo passam pela (re)classificação jurídica dos bens e, assim, pela inclusão das novas propriedades coletivas (extrapatrimoniais) no plano institucional e, especialmente, como novo eixo orientador (reequilibrador) de tais relações.

Diante dessas perspectivas, a participação ainda não encontra lugar próprio. Por isso, ela mantém-se ou vagando entre o público e o privado, no vão que foi denominado “espaço público não estatal”, ou continua presa a estruturas representativas, mesmo que ampliadas.

Abordar a saúde na pós-modernidade jurídico-política brasileira implica a (re)tomada da sua dimensão coletiva com todas as consequên-

---

<sup>725</sup> Experiências mencionadas no título inicial do presente capítulo.

cias, dentre as quais se evidencia, a partir desse momento: a participação. Observou-se no capítulo 1 que “o referencial da participação é a república como *res populi*, a república como *coisa coletiva*, e não como forma de governo, apenas; inserida no edifício político e jurídico da ordem liberal, de Estado de Direito representativo: [...]”. E aí se tem a participação como processo inerente às questões que envolvem os bens coletivos (PILATI, 2010, p. 122).

É esse desenho do sistema romano, arquitetado para lidar com a *res publica*, que serve como modelo para o paradigma participativo pós-moderno na saúde. Por meio dele verifica-se que a participação nesse setor não deve ser construída ou organizada de fora do regime desses bens, pois ela consiste em elemento natural da dimensão coletiva.

Tal cenário revela a necessidade de a pós-modernidade brasileira assumir-se enquanto paradigma. O que implica completa (re)estruturação do legado jurídico-político moderno e, consequentemente, a possibilidade de formação de modelo voltado para a prática dos direitos coletivos, como a saúde.

Essa mudança de envergadura paradigmática deve iniciar-se, como já visto no capítulo 1, tendo em vista não as categorias, atores, mecanismos e instrumentos que se manifestam no plano jurídico e político nos moldes atuais. Até mesmo porque a configuração e as interpretações hodiernas desse plano não contemplam os elementos que a modernidade conscientemente excluiu. Alteração de tal vulto precisa ser pensada da base ou do eixo que dá sustentação, que orienta a criação, estruturação, o lugar e o papel de cada uma das categorias paradigmáticas.

Por isso, a primeira circunstância a se pensar diante do paradigma jurídico e político formado desde a década de 70 do século XX<sup>726</sup> diz respeito ao seu eixo de orientação. O que envolve, como analisado no capítulo 1, trabalho de (re)classificação dos bens jurídicos para contemplar a nova categoria *propriedade coletiva extrapatrimonial*. Foi quando se apontou que a categoria deveria receber centralidade<sup>727</sup> no novo paradigma para que pudesse, então, (re)direcionar e (re)orientar as relações entre Estado, sociedade e indivíduo<sup>728</sup>.

---

<sup>726</sup> Conforme delimitações estipuladas no tópico 1.2.

<sup>727</sup> A ênfase em tal categoria não significa, como já explicado no tópico 1.3, que ela seja mais importante que as outras propriedades, a pública e a privada. Serve apenas para garantir que o novo tipo de propriedade receba o mesmo tratamento, que tenha a mesma importância das outras duas que dominaram e se disseminaram por toda a modernidade.

<sup>728</sup> Naquele tópico foi citada a obra de José Isaac Pilati (2011, p. 36-37).

Esse novo tipo de propriedade, do qual a saúde é espécie,

[...] rompe com a departamentalização fechada em ramos, dicotomizada em público/privado e pessoal/real; que se rearticula com o contrato, a responsabilidade civil e o direito de vizinhança em nova ordem; que dá feição própria aos conflitos das relações de massa, não os deixando à mercê do voluntarismo individualista e do voluntarismo estatal (com seu poder de polícia ineficiente); que impõe revisão das fontes do Direito, superando o monismo jurídico estrito pela participação democrática efetiva. (PILATI, 2011, p. 40)

Asseverou-se que, sob essa direção, seria possível “resgatar a complexidade do real” e, assim, ultrapassar o quadro dicotômico acima mencionado para se trabalhar com base e sob a orientação de trilógias ou tríades que – formadas pela inclusão do terceiro excluído ao lado dos elementos que compunham a dicotomia – podem ser organizadas da seguinte maneira: público/privado/coletivo e Estado/indivíduo/sociedade (PILATI, 2011, p. 1).

Dessa forma, a análise do direito à saúde deve ser feita considerando-se que, “no centro da redescoberta da complexidade do universo jurídico, é necessário redescobrir também a dimensão coletiva, ou seja, de micro-coletividade, pesadamente sacrificada pelo projeto individualista” (GROSSI, 2007, p. 65).

Observou-se que o resgate do aspecto coletivo do direito à saúde não abrange apenas a revisão da sua classificação enquanto bem, mas também a revisão da atribuição de sua titularidade e da forma de seu exercício e tutela, abarcando, então, três aspectos: *o dos bens*, para incluí-lo como *bem coletivo extrapatrimonial* com autonomia ao lado da sua classificação de bem público e de bem privado; *o dos sujeitos*, para reconhecer a Sociedade enquanto sujeito de direito ao lado do Estado e do indivíduo ou grupo de indivíduos; *o dos processos*, para que, nos casos em que esteja em pauta o bem coletivo saúde, os direitos a ele relacionados sejam exercidos e protegidos por seu titular, a Sociedade, por meio de processos coletivos participativos ou, em outras palavras, por processos coletivos próprios<sup>729</sup>.

<sup>729</sup> Nos termos já explicados no tópico 1.3 com base nos trabalhos de José Isaac Pilati.

Essa tarefa não se cumpre com base nos elementos e arcabouço prático e teórico da modernidade. Com base neles alcançam-se apenas abordagens e interpretações que buscam dar novo significado ao coletivo sem sair e sem se libertar dos limites traçados pelo paradigma moderno. É o que acontece com as propostas de participação apresentadas tanto no título 3.1 quanto no anterior sobre as deliberações das políticas do SUS pelos Conselhos de Saúde.

Não se resgata o coletivo, em nenhum dos aspectos acima mencionados, fundando-se na conjuntura moderna. José Isaac Pilati (2011, p. 37) deixa claro que não é com a simples exclusão ou reforma daquele eixo de orientação moderno, a propriedade privada, que se alcança a dimensão do coletivo. Recorda-se que essa categoria central da modernidade carrega consigo a exclusão da dimensão coletiva. Nas palavras do autor:

Tentar abolir ou reformar a propriedade comum codificada, em si e seus defeitos, é malhar ferro frio. A atenção de doutrinadores e operadores do Direito deve ser voltada às novas propriedades constitucionais. Pouco se avança com a ideia de enfrentar a complexidade hodierna com direito público-estatal, poder de polícia e ações governamentais tradicionais. A propriedade pós-moderna se exerce noutro contexto político e jurídico.

O direito coletivo à saúde deve envolver o equilíbrio com as dimensões pública e privada, de modo a preservar as conquistas jurídicas e políticas modernas<sup>730</sup>. Além disso, é importante destacar que o coletivo em pauta não se relaciona com o regime comunista. Não pretende excluir a possibilidade de apropriação privada<sup>731</sup> (SILVEIRA, 2011, p. 200).

O exercício da dimensão coletiva do direito à saúde com fundamento na Constituição de 1988 deve ser pensado, então, no contexto das lições da Roma Republicana, já mencionadas no título 1.3, que permitem abordagem desestatalizada e complexa do coletivo (PILATI, 2011, p. 41) e a identificação da participação como elemento intrínseco ao coletivo.

---

<sup>730</sup> Conforme ressalva feita no tópico 1.3.

<sup>731</sup> De acordo com ressalva já elaborada no título 1.3 com base no mesmo autor.

A noção de propriedade coletiva *extrapatrimonial*, que coloca em evidência o rompimento com a ideia de propriedade moderna dominial, da propriedade corpórea do Código Civil, foi incluída no cenário brasileiro por meio da Constituição de 1988 que, segundo José Isaac Pilati (2011, p. 15; 75), insere o país na realidade jurídica pós-moderna e participativa.

O texto constitucional contempla os pressupostos e elementos da nova propriedade, mas a sua designação e conceito foram apresentados por José Isaac Pilati<sup>732</sup>, tema que recebeu especial atenção na obra *Propriedade e Função social na pós-modernidade*.

A Carta Constitucional marcou a *entrada* do Brasil na pós-modernidade jurídico-política não apenas porque positivou novo modelo constitucional nos moldes internacionais do pós-45, sob a forma de Estado Democrático de Direito, com base na centralidade dos direitos fundamentais<sup>733</sup>. Mas, sobretudo, pelo fato de ela ter previsto, dentre os direitos fundamentais, as propriedades especiais constitucionais<sup>734</sup> e o direito à participação direta, que não se desconecta de tais propriedades. Duas conquistas jurídicas que se encaixam nas categorias centrais da pós-modernidade listadas no tópico 1.2 da tese.

Observa-se que a saúde como

[...] nova propriedade pós-moderna surge no bojo de um processo mais amplo, de restauração política e jurídica do coletivo, da participação e da democratização. É a propriedade constitucional, que não se pauta pelo figurino codificado da propriedade moderna; mas, e este é o ponto, necessita e desfruta do mesmo *status* de direito subjetivo da propriedade comum, na qual se espelha como direito fundamental e oponibilidade *erga omnes*. (PILATI, 2011, p. 41)

Como propriedade especial constitucional ela indica, dessa maneira, processo de resgate do coletivo no plano jurídico e político. Trata-se do reconhecimento constitucional da saúde como propriedade coletiva extrapatrimonial, como bem autônomo. Avanço no âmbito constitu-

<sup>732</sup> Conforme já mencionado no tópico 1.3.

<sup>733</sup> Modelo descrito no tópico 1.2 e retomado no título 2.1.

<sup>734</sup> De acordo com o disposto no tópico 1.3 e que será mais bem explicitado no presente título.



cional que deve ser estendido para a seara civilista. De modo que o Código Civil mude a classificação atual dos bens, em públicos e privados, para contemplar o terceiro excluído. O que acarretará nova organização dos bens, baseada na tríade já mencionada – bens públicos/bens privados/bens coletivos (PILATI, 2011, p. 66; 99; 101) –, dos sujeitos e, particularmente, dos processos, em coletivos impróprios e próprios.

Nesse sentido, a propriedade pós-moderna é, segundo José Isaac Pilati (2011, p. 65-66), “um salto qualitativo em relação à propriedade dos códigos e da Modernidade”. E pode ser observada sob três aspectos: no político, no jurídico e perante o Código Civil. No primeiro caso o seu surgimento e exercício dão-se no âmbito da República Participativa. No segundo, manifesta-se sob a forma de propriedade especial constitucional. Já no terceiro, “substitui a velha propriedade comum imobiliária, no plano concreto”.

O atual modelo jurídico-político brasileiro, reafirmado na classificação do Código Civil, com sua divisão dos bens em públicos (os do Estado como pessoa jurídica) e privados<sup>735</sup> (PILATI, 2005, p. 55; PILATI, 2011, p. 99), não permite terceira via. Em virtude dessa classificação, o “sistema jurídico ainda não reconhece a Sociedade como titular efetivo daqueles bens que ultrapassam a dimensão de público-estatal” e, por isso, não são criados meios de exercício e de tutela coletiva que correspondam aos *interesses e atuação direta da Sociedade* (PILATI, 2011, p. 95) nas situações relativas ao bem coletivo saúde ou a qualquer bem de mesma espécie.

Se a Constituição já fez sua parte, já resgatou o coletivo da saúde no plano jurídico e político, introduzindo nova lógica proprietária<sup>736</sup>, resta à doutrina elaborar novas classificações para que a ordem constitucional se concretize. É preciso que sejam desenvolvidas novas teorias para corresponderem à complexidade que a Constituição foi capaz de abraçar (PILATI, 2011, p. 40-41), como já destacado no título 1.3.

---

<sup>735</sup> **Código Civil, art. 98:** São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

<sup>736</sup> Nesse sentido: “a relação entre pessoa e bens já não se exaure na lógica proprietária, na apropriação exclusiva, na transformação industrial, troca e lucro. Os direitos da personalidade, por exemplo, em relação às partes do corpo, não se pautam por aquela lógica, e sim pela dignidade da pessoa humana. A mesma coisa se diga da propriedade extrapatrimonial coletiva. Porque se trata agora da dignidade da Terra como planeta, do ambiente e da diversidade biológica, e outros fatores de sobrevivência da espécie humana, que se digladiam com os interesses da lógica proprietária.” (PILATI, 2008)

A saúde como *propriedade especial extrapatrimonial* que pode ser denominada, também, de propriedade coletiva propriamente dita, é bem coletivo autônomo em relação aos bens públicos e os privados. Assume tal *classificação constitucional* por estar prevista como *direito fundamental de todos*, em conformidade com os artigos 6º e 196 da Carta Magna (PILATI, 2011, p. 101; 104), tendo caráter de bem coletivo reforçado, ainda, pela universalidade prevista no artigo 194, I, que trata dos objetivos da seguridade social.

Após essas previsões constitucionais, o *aspecto coletivo do direito à saúde* passou a receber especial atenção no Brasil, principalmente diante das antevisões da universalidade, no artigo 194, I, e da saúde como direito de todos e dever do Estado, no artigo 196<sup>737</sup>. Essa dimensão foi, e ainda é, objeto de diferentes análises, como será observado no capítulo seguinte.

Apesar das variadas abordagens e, assim, diferenças entre os sentidos que o *aspecto coletivo da saúde* tem assumido, há algo de comum entre elas: são desenvolvidas com base em categorias e orientações jurídico-políticas do paradigma moderno que, ao excluírem os bens coletivos do seu cenário eliminou, também, a titularidade coletiva dos mesmos e, consequentemente, a sua tutela e exercício participativos.

Por isso, não basta reconhecer que a saúde é bem coletivo ou bem comum que pertence a todos. É preciso tomar-se a dimensão coletiva sob a perspectiva pós-moderna inclusiva para que sejam pensadas, idealizadas e criadas estruturas participativas próprias para o exercício e a tutela desse direito. O que indica, diante do contexto traçado no tópico anterior, sobre a participação da “comunidade” na formulação das políticas de saúde, a necessidade de (re)visão do quadro jurídico-político para que seja possível a criação de nova estrutura participativa no âmbito do SUS.

As análises que reconhecem a dimensão coletiva de tal direito sem lhe fornecer autonomia jurídica e política não apreendem a complexidade que a saúde, enquanto bem coletivo próprio, envolve. E não o fazem por estarem limitadas às orientações modernas, às suas amarras. Tornam-se, assim, inadequadas para lidar com esse bem coletivo.

Apesar das críticas às amarras modernas, é preciso ressaltar a constatação, já citada, de que a autonomia do bem coletivo saúde *e dos seus processos próprios* vem no sentido de equilibrar as relações que

---

<sup>737</sup> A exemplo do reconhecimento internacional da dimensão coletiva na seara internacional dos direitos humanos, examinado no título 1.2.

atualmente se resumem em torno de bens e regimes jurídicos público e privado. Aqui, reside, aliás, o grande desafio para o direito na pós-modernidade: “em sua função mediadora, consiste, basicamente, em definir-lhe estrutura e conceito em que o Coletivo tenha o mesmo peso dado ao Individual” (PILATI, 2011, p. 17-18).

Verifica-se que

[...] a inadequação do paradigma moderno, hoje observado, decorre do fato de que nele *não há lugar para o coletivo e os grandes conflitos da atualidade, que são coletivos*. E a funcionalização do direito de propriedade, na sua versão antiquada, de mera solidariedade social e dentro dos limites do voluntarismo do Estado e do indivíduo, não alcança a verdadeira dimensão desses novos conflitos. (PILATI, 2008, grifo nosso).

Identificar a saúde como bem coletivo e assim como direito coletivo próprio não significa, então, negar-lhe titularidade individual ou coletiva no sentido moderno – impróprio (direitos difusos e coletivos) –, de titularidade de grupos<sup>738</sup>. Esse tipo de exame, que busca afastar interpretações que coloquem os direitos sociais em equivalência com os direitos coletivos no sentido de lhes negar titularidade individual<sup>739</sup>, não corresponde ao tratamento dos bens coletivos extrapatrimoniais.

O que ocorre do reconhecimento do bem coletivo saúde nos planos jurídico e político é que, na oportunidade do exercício e/ou tutela de direitos individuais diante de situação que envolva o direito coletivo, tal exercício e tutela deverão enquadrar-se nos procedimentos próprios dos bens coletivos, em estrutura que viabilize a atuação do titular: a Sociedade.

Por pertencerem à Sociedade, os bens coletivos, e assim a saúde, não podem ser observados sob o modelo jurídico-político no qual a norma estatal e, particularmente, a Lei sejam a única fonte do direito e seu exercício e defesa dependam da vontade do Estado (PILATI, 2008, p. 13) ou do indivíduo.

No caso da saúde os conflitos judiciais exemplificam situações em que o direito individual se contrapõe ao direito coletivo. Nesse contexto, o exercício e a tutela de deste cabem, de um lado, ao indivíduo e,

---

<sup>738</sup> Que será mais bem analisada no tópico inicial do capítulo 4.

<sup>739</sup> Posicionamentos a serem citados, também, no título 4.1.

de outro, ao Estado-juiz que, ao final, emitirá a decisão em torno da destinação do bem coletivo. Esquema que reflete o modelo individualista e proprietário voltado aos conflitos individuais e retributivos, conforme descrito no título 1.1.

Na conjuntura de resgate do coletivo, tal solução é inadequada. Isso porque a concessão do direito individual à saúde, a ser exercido pelo Estado na prestações de serviços de saúde, envolve sua dimensão coletiva que é extrapatrimonial, direito coletivo próprio de titularidade de toda a Sociedade. E que, por isso, deveria ser exercido e tutelado por instrumentos próprios e adequados que reconhecessem não apenas o direito subjetivo individual à saúde, mas também o direito subjetivo da Sociedade<sup>740</sup>.

Valem para o bem saúde as considerações tecidas por Silveira (2011, p. 115) quando do exame da proteção do bem coletivo ambiental. O autor considera que

[...] uma efetiva transição paradigmática no âmbito da tutela jurisdicional do ambiente parte do reconhecimento de que direitos coletivos fundamentais devem ser exercidos na forma participativa e inclusiva, tendo como objeto a *construção* das decisões pertinentes à totalidade dos riscos ecológicos – diferentemente dos interesses de grupos, cuja importância foi e é inquestionável, mas que ainda vinculam-se a um modelo adversarial, inercial e reativo, que tem na responsabilidade por danos seu principal meio de combate à degradação ambiental.<sup>741</sup>

Deve-se atentar, então, ao fato de que, quando o bem coletivo for lesado, seja por ato do seu proprietário, dos contratantes, do Estado ou

---

<sup>740</sup> As situações que se desenrolam no âmbito do setor privado da saúde ou setor suplementar enquadram-se nas relações privadas e não estão contempladas nas análises acima referenciadas. Incluem-se nesse âmbito as relações entre médicos particulares e seus pacientes e entre planos de saúde e seus beneficiários. No entanto, podem surgir situações que acabem por fazer interface com o direito coletivo à saúde e que exijam, consequentemente, a adoção dos mecanismos de tal âmbito. Por isso, é importante sempre analisar caso a caso.

<sup>741</sup> Importante ressaltar que o autor compõe suas considerações com base na teoria desenvolvida por José Isaac Pilati, professor orientador de sua tese.

de qualquer outro sujeito, deverá incidir processo do domínio coletivo no âmbito do qual há direitos subjetivos da Sociedade para prática e proteção de tal bem. Direito a ser exercido diretamente por qualquer cidadão em contexto que não afete o poder de polícia do Estado, mas que retire das suas mãos e de suas instituições o monopólio para proteção do bem coletivo (PILATI, 2005, p. 67) e para seu exercício, particularmente, por meio de políticas públicas.

Dessa maneira, no âmbito do exercício e tutela do direito coletivo à saúde há de se observar a organização de

[...] procedimentos participativos, na dimensão de agora, com sanções diferenciadas, que não se substituem por multas policiais ou pecuniárias, legitimadoras da apropriação. Para isso a doutrina deve criar as categorias, conceitos e teorias indispensáveis que lhe cabem. (PILATI, 2011, p. 103)

No contexto pós-moderno, em que se volta a descobrir a complexidade do universo jurídico-político<sup>742</sup>, o reconhecimento da saúde como bem coletivo carrega consigo não apenas nova denominação. Exige conjunto de novas teorizações e práticas para sua real compreensão e realização. O desempenho da tarefa cobra o conhecimento das características da saúde como bem coletivo e a influência das suas peculiaridades na construção não só de novos conceitos e classificações jurídicos, mas, especialmente, de novas formas e mecanismos de exercício e tutela.

Para tanto, considerando o contexto traçado no capítulo 2 e a inadequação do modelo participativo do SUS – traçado no título anterior – para lidar com o jurídico-político pós-moderno, retomam-se e reforçam-se as análises elaboradas no tópico 1.3 em torno da saúde como bem coletivo.

As primeiras observações a serem ressaltadas dizem respeito ao fato de a saúde como direito de todos realçar que se trata de bem que não pertence a ninguém individualmente. Isso indica que ela se guia por fim próprio e dela não se pode dispor senão coletivamente (PILATI, 2011, p. 123).

A anotação já demonstra que a concepção de *todos* ganha outro sentido nessa conjuntura. Aqui, *todos* não se confunde com os integran-

---

<sup>742</sup> De acordo com citação de Grossi feita páginas acima.

tes individuais daquela sociedade de indivíduos atomizados da modernidade<sup>743</sup>, nem com coletividade passiva que recebe proteção e prestação estatal, nem com a coletividade representada ou com a coletividade que atua solidariamente<sup>744</sup>.

O tratamento pós-moderno da dimensão coletiva da saúde não se limita, então, a interpretações no sentido de que o interesse do *todo* nada mais é que a “‘função’ qualificada dos interesses das partes” (MELLO, 2010, p. 59). Ou ainda, à noção de que, como direito de todos, não passa de direito individual de expressão coletiva<sup>745</sup> (SARLET, 2010, p. 215). Nem à ideia de que se alcança o bem comum por meio de ações do Estado em favor de toda a comunidade (LIMA, 2010, p. 247; BORGES; UGÁ, 2009, p. 22; 24; 27)<sup>746</sup>.

O contraponto romano, conforme já examinado no tópico 1.3, fornece elementos para ultrapassarem-se tais interpretações e, assim, para compreender-se a abrangência da abordagem pós-moderna em torno do aspecto coletivo do direito à saúde.

Ao tomar a saúde em equiparação à *res publica* romana tira-se a lição de que ela consiste em bem que pertence ao povo, ao *populus* (BUJÁN, 2010, p. 235). O que não significa que o povo tenha domínio sobre esse bem (CORBI, 1982, p. 44; 32). Nesse quadro, a *saúde*, na esteira dos demais bens coletivos, poderia enquadrar-se na classificação de bens públicos do Digesto<sup>747</sup>, já que não é “dos particulares nem dum Estado (?) e sim da própria coletividade.” [*sic*] (PILATI, 2011, p. 126).

Não são públicos<sup>748</sup> no sentido de pertencerem a uma pessoa jurídica abstrata, mas a uma corporação: São públicas aquelas [coisas] que são tomadas como não estando nos bens de ninguém, pois são consideradas como sendo da própria coletivi-

---

<sup>743</sup> No tópico 1.3 elaborou-se diferenciação entre o sentido da Sociedade em tempos pós-modernos e da sociedade moderna.

<sup>744</sup> Significações que serão analisadas no tópico 4.1.

<sup>745</sup> Nessa passagem o autor refere-se “aos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada, etc.”.

<sup>746</sup> Abordagens citadas no tópico 4.1.

<sup>747</sup> Documento já citado no tópico 1.3.

<sup>748</sup> Recorda-se que o *público* romano não se identifica com o *público* da modernidade.

dade. Essa coletividade é uma universalidade e o povo romano é uma corporação. (PILATI, 2010, p. 126)

Têm-se, no caso, duas experiências romanas interligadas, *res publica* e *populus*, que permitem a análise em torno do bem coletivo saúde no que diz respeito, dentre outros pontos: ao fim e concepção do bem coletivo saúde; à forma de dispor de tal bem jurídico; à superação das noções atuais acerca dos termos *todos* e *coletivo* ou *coletividade*; à própria titularidade coletiva de tal bem<sup>749</sup>.

Como visto no título 1.3, a *res publica* romana não se traduz em Estado, que é criação moderna. Os romanos “[...] ‘*não chegam a desdobrar o conceito de Estado, como organismo abstracto, que se contrapõe aos cidadãos, mandando ou proibindo. O Estado é, simplesmente, a colectividade organizada dos cidadãos.*’[...]” (MIQUEL *apud* SEIXAS, 2003, p. 1.075, grifos do original). Assim como o público romano não equivale ao público-estatal moderno.

A *res publica* consistia no patrimônio comum do povo, ou seja, nas coisas que pertenciam ao *populus* em perspectiva que ultrapassava a noção de domínio e se organizavam em sistema de copropriedade<sup>750</sup>. Tipo de propriedade regida por princípios próprios, sob a lógica participativa, e à qual não se aplicava o direito privado. Regime que se diferenciava do privado, mas não se organizava como os ramos do direito moderno, de forma compartimentada e isolada. O regime da *res publica* era, como já se afirmou, híbrido. E, por isso, mais do que a diferença entre espécies de coisas, ele destacava-se em virtude de casos práticos nos quais o *populus* romano era ator da relação jurídica ou política<sup>751</sup>.

Como patrimônio comum, a *res publica* pertencia a todos os membros. O proprietário não era pessoa jurídica fictícia. Assim como não os eram as pessoas individuais. Estas só eram proprietárias em comum, só podendo usar e dispor dos bens coletivos, da *res publica*, enquanto unidade, como totalidade de indivíduos unidos na corporação (SCHULZ, [1960], p. 84).

---

<sup>749</sup> Pontos que serão analisados a seguir no texto; não necessariamente na ordem em que foram listados acima.

<sup>750</sup> Conforme explicado no tópico 1.3.

<sup>751</sup> Texto elaborado com base nas exposições do tópico 1.3 e, assim, com base em vários autores. Em relação ao caráter híbrido de tal regime destaca-se, especialmente, a obra de Oliveira (2000, p. 13).

No contexto, a noção de *populus* não dizia respeito à unidade abstrata sobreposta aos particulares<sup>752</sup> (CORBI, 1982, p. 38). O *populus* era corporação (PILATI, 2005, p. 56; SCHULZ, [1960], p. 84), organização de uma universalidade de cidadãos. O *populus* não podia excluir ninguém, posto que seus bens eram de todos e para todos, como seus partícipes e da sua utilidade<sup>753</sup> (CORBI, 1982, p. 38; 41; 40; 44)<sup>754</sup>.

Daí a constatação de que a propriedade do *populus* possuía tratamento específico, apesar de os romanos não terem se preocupado em desenvolver conceitos ou mesmo direito das coisas (OLIVEIRA, 2000, p. 13; PILATI, 2005, p. 60).

Os esclarecimentos acerca da *res publica* revelam que o funcionamento do sistema romano de propriedade não precisava da intermediação de entes abstratos como o Estado (PILATI, 2011, p. 18; 41). E, tendo em vista que desses bens não se pode dispor senão coletivamente, a asseveração abrange tanto a operacionalização de tais bens quanto a sua proteção.

Dessa forma, as deliberações sobre a organização, a utilização ou qualquer ação conectada ao seu exercício, só se davam com a participação do *populus* em assembleias ou comícios, devidamente convocados pelo magistrado competente e cuja deliberação necessitava da ratificação do senado<sup>755</sup>.

No que diz respeito à tutela de tais bens, pode-se pensar, se assim se deseja, em autêntica relação comum na qual a proteção do interesse coletivo é tarefa de todos, não de alguns<sup>756</sup>. Nesses termos, todos os cidadãos que formavam o *populus* eram teórica e potencialmente atores populares. No entanto, apenas um deles exercitava em seu nome, do *populus* e de todos os demais cidadãos tal prerrogativa (CORBI, 1982, p. 48-49), que era praticada perante o pretor.

---

<sup>752</sup> Como já afirmado no tópico 1.3.

<sup>753</sup> Tradução livre da autora de: El *populus* no puede excluir a nadie, puesto que sus bienes eran de todos y para todos, como partícipes que eran del mismo y de su utilidad. [...]” (CORBI, 1982, p. 38; 41; 40; 44).

<sup>754</sup> Corbi (1982, p. 48) destaca que: “*En el mundo antiguo todo esto fue así, porque *populus* y sociedad no estaban disociados. De ahí, el que se pueda hablar de una auténtica fusión de intereses del *populus* y de los civiles al ejercitar una de las vías procesales de carácter popular, Porque, ambos – *populus* y *cives* – se sienten lesionados en un derecho suyo, propio.*”.

<sup>755</sup> Conforme explicado no tópico 1.3.

<sup>756</sup> Tradução livre da autora de: “*puede pensarse, si así se desea, en una especie de auténtica relación común en la que la protección del interés colectivo es tarea de todos, no de unos cuantos.*” (CORBI, 1982, p. 49).



Segue no mesmo sentido a observação de José Isaac Pilati (2005, p. 54-55) acerca daqueles bens comuns ou coletivos:

Na Roma clássica, havia contemplação jurídica dessa categoria de bens<sup>1</sup>, os que eram de propriedade de todo o povo, de forma que ninguém podia deles dispor individualmente, só coletivamente; qualquer cidadão podia sair em sua defesa, acionando o magistrado, que inclusive, aceitava o pleito do postulante mais habilitado a fazer prosperar a demanda de interesse coletivo. A diferença em face das codificações, conforme dito, é de modelo.

Feitas as considerações, não se pode olvidar, tanto para o caso do exercício quanto da tutela do bem coletivo, que a atuação do *populus* não se dava de forma isolada. Que ela só se desenrolava em contexto de articulação com as atividades do senado e dos magistrados.

A citação de Costa (1920, p. 4), citada no tópico 1.3, é precisa nesse aspecto: o povo romano nada quis senão ser assistido pelo senado e nada obrou senão diante dos seus magistrados.

Tratava-se de sistema complexo em que havia equilíbrio entre os poderes: a) *soberano* do *populus*, exercido em forma de democracia direta nas assembleias ou comícios; b) a *potestas* de todos os magistrados, por meio da qual poderiam agir e falar em nome do *populus*, convocar o povo para deliberar sobre assuntos de sua esfera de competência e baixar ordenanças; c) o *imperium* que, atribuído apenas aos cônsules e pretores, significava o desempenho de atividades militares e de jurisdição (PILATI, 2011, p. 82-83) em função dos poderes delegados a eles pelo povo; d) a *auctoritas*, que cabia ao Senado e consistia na direção dos poderes públicos supremos – a quem competia a ratificação das deliberações do *populus*, efetuadas nos comício, além da assistência prestada aos magistrados no exercício do seu poder executivo (COSTA, 1920, p. 78; 67).

De todo o conjunto formava-se a organização na qual a participação era elemento natural da dimensão coletiva, em que se evidenciava forma de participação construída da própria essência dos bens, e não de fora deles<sup>757</sup>.

---

<sup>757</sup> Conforme explicado no tópico 1.3.

Percebe-se, então, que a *res publica* não se desconectava da noção de *populus romanus*. Tanto que no título 1.3 verificou-se o conceito de *res publica* sendo formado pelo *populus* e pelos seus bens (CORBI, 1982, p. 35).

São esses ensinamentos de Roma que possibilitam um novo olhar e pensar em torno da estrutura de exercício do direito coletivo à saúde no SUS. São eles que auxiliam na concepção e organização dos processos coletivos próprios, ou seja, processos com participação direta da Sociedade. Esta, compreendida nos termos explicados no título 1.3.

Já se havia destacado naquele título que a noção de *populus* e o tratamento dispensado aos seus bens eram fundamentais para a presente tese. E são dessas noções que, como já se pôde verificar, se tiram as lições para o tratamento da dimensão coletiva do direito à saúde no Brasil. É delas que se fundamenta a titularidade da Sociedade enquanto sujeito de direito do bem coletivo saúde e que se procura analisar as formas de seu exercício e tutela na pós-modernidade.

Ao considerar o resgate do coletivo no plano jurídico brasileiro, por meio de dispositivos da Constituição de 1988, José Isaac Pilati (2011, p. 122, grifo nosso) afirma que:

A repersonalização do coletivo (como Sociedade) resgata juridicamente o indivíduo como condômino de uma categoria diferenciada de bens, que pertencem a todos por dispositivo constitucional – como direito fundamental extrapatrimonial da coletividade. [...] Mas a repersonalização pós-moderna reabilita o coletivo ao exercício *de uma nova modalidade de processo, a conviver com o processo tradicional*.

Percebe-se que ao primeiro aspecto, voltado para inclusão do bem coletivo autônomo no cenário jurídico, segue-se o que se ocupa com a titularidade desses bens ou, em outros termos, com a inclusão da Sociedade enquanto sujeito de direito com capacidade de manifestar-se e expressar-se juridicamente ao lado, e com o mesmo peso, do Estado e do indivíduo. O que se faz por meio de processos próprios e participativos, que compreendem o terceiro aspecto.

Assim, com base naquelas lições, ao reconhecer a saúde como bem coletivo autônomo, que no contexto atual se distingue das categorias do público e do privado, reconhece-se também a Sociedade como titular de tal bem e a existência de procedimentos próprios para o exercício e

tutela da saúde<sup>758</sup>. Cenário em que se tem “a Sociedade munida de acesso à justiça e dos instrumentos jurídicos adequados a conciliar os interesses todos e de todos” (PILATI, 2011, p. 75; 103; 2005, p. 55).

José Isaac Pilati (2011, p. 79-97; 21-23; 2008a, p. 7, 8; 15) assevera que a identificação do real titular do bem coletivo saúde é possível por meio do resgate da Sociedade. “Isso porque este bem autônomo e os direitos relativos a ele são patrimônio da coletividade (repersonalizada) e não de um sujeito abstrato e separado dos cidadãos (como é o Estado no modelo moderno)”.

No paradigma moderno a concessão do monopólio dos bens públicos ao Estado e a própria confusão dos bens coletivos como público-estatais, fizeram com que os bens coletivos ficassem na dependência do voluntarismo estatal e, assim, de suas atividades, por exemplo, de: poder de polícia; desapropriação por interesse social; poder administrativo discricionário; *elaboração<sup>759</sup> e implementação de políticas públicas* (PILATI, 2005, p. 57-58, grifo nosso).

Daí a importância de retirar o bem coletivo do âmbito público-estatal, restituindo-lhe o seu verdadeiro titular, a Sociedade, que o exercerá e tutelará em *espaço apropriado e por meios condizentes com as peculiaridades desse tipo de bem e não por instrumentos e processos que foram concebidos para o tratamento do público-estatal ou do privado-individual*.

Para Grossi (2007, p. 57; 59), a recuperação da Sociedade como realidade global consiste na própria recuperação da juridicidade para além do Estado e do poder, em contexto no qual o direito é tomado como experiência, como dimensão da vida social. O autor destaca que ela é uma das riquezas que foi enterrada ou ignorada ou retirada em razão da operação simplificadora do quadro jurídico-político moderno, especificamente em relação aos sujeitos que foram reduzidos a dois: as pessoas públicas e a pessoas privadas.

O autor considera, então, que:

A redução da complexidade sócio-política ao binômio Estado-indivíduo pareceu satisfatória, definitivamente satisfatória, mas, de fato, sacrificou a riqueza plural da sociedade, tornando-a de qualquer modo incompleta, inconsumada, inexpressi-

---

<sup>758</sup> O autor refere-se, na página ora mencionada, aos bens coletivos de modo geral.

<sup>759</sup> O autor acima mencionado refere-se apenas à implementação.

va. Atualmente, existe a inadiável exigência de pensar (e analisar) o sujeito no interior de um tecido social. Um tecido a quem tenha sido restituída toda a sua complexidade, além da sua capacidade integral de manifestar e realizar suas múltiplas potencialidades, cortadas pelo reducionismo estatista e individualista moderno. (GROSSI, 2007, p. 146)

Já ficou claro que, para a presente tese, o resgate da Sociedade faz-se com base naquelas noções de *populus* e de *res publica*. No entanto, visto que o tema acerca da emancipação da sociedade e, especificamente, da sociedade ativa, é cada vez mais comum e difundido pelas diversas propostas jurídico-políticas para a pós-modernidade, torna-se fundamental retomar, ao menos brevemente, a diferença que há entre a concepção da *sociedade repersonalizada*, titular do direito coletivo à saúde, e a que se formou em torno do que se tem denominado *sociedade civil*.

No título 3.1, explicou-se que a diversidade de posicionamentos acerca da *sociedade civil* no âmbito dos debates contemporâneos impede a apresentação de conceito unívoco do termo. Sem pretensão de dedicar-se às diferentes teorias sobre o tema apontou-se, com base no trabalho de Marco Aurélio Nogueira, duas noções de *sociedade civil* que agasalham diferentes conceitos e que se identificam, de um lado, pela índole social e, de outro, pela liberal.

Verificou-se que a concepção de “sociedade civil social” baseia-se na existência de atores da sociedade que, em nome da luta social, se recusam a fazer parte do espaço institucionalizado e atuam, então, na fronteira do Estado com críticas a este e ao mercado. Grande exemplo são os novos movimentos sociais (NOGUEIRA, 2003, p. 193-194).

Ao esquivar-se do espaço institucional e do privado, resta a tais atores operarem *no espaço público não estatal*, conceito apresentado no tópico 3.1 e que foi adotado por diferentes teóricos com base na perspectiva habermasiana, com intuito de influenciar as decisões institucionais dos debates e deliberações desenvolvidos pelos novos atores sociais no espaço não institucionalizado. A proposta se destaca pela crítica à democracia representativa e emerge como uma das grandes alternativas para democratizar e resgatar a legitimidade do Estado e do direito<sup>760</sup>.

Já em relação à “sociedade civil liberista”, constatou-se que ela é orientada pelo mercado e que se configura como *setor público não esta-*

---

<sup>760</sup> De acordo com as análises efetuadas no tópico 1.2.

tal formado por associações não governamentais que passaram a exercer intervenções sociais privadas e sem fins lucrativos. De onde se formaram novos atores que, apesar de privados e não estatais, são públicos por visarem ao interesse geral (NOGUEIRA, 2003, p. 192-193). O *espaço de atuação* desse novo setor, também reconhecido como *terceiro setor*<sup>761</sup>, passou a ser o espaço institucionalizado, no qual assumiu o papel de parceiro do ente estatal.

Esse conceito de sociedade civil integra o contexto da Reforma Administrativa e, conseqüentemente, dos sistemas de saúde, conforme já abordado tanto no primeiro quanto no segundo capítulo. Sua atuação tem sido responsável por profundas e significativas mudanças no setor saúde no Brasil. Isso porque, conforme visto especificamente nos tópicos 2.3 e 2.4, a operação desses atores no *âmbito do SUS*, por meio principalmente das Organizações Sociais – OS, tem afetado a lógica do sistema e conduzido à privatização de sua gestão.

A diferenciação entre o significado da *Sociedade repersonalizada*<sup>762</sup> que se adota e o atribuído à *sociedade civil*, sob as duas perspectivas acima relacionadas, ganha vulto ao verificar-se não apenas a composição do novo sujeito ou ator sob cada uma das abordagens, mas, também, ao identificar-se o espaço de atuação reservado em cada caso aos respectivos atores, o que se reflete no tipo de influência exercida sobre os processos decisórios.

Assim, se a *sociedade civil social*, constituída pelos novos movimentos sociais, desenvolve suas ações no espaço público não estatal e a *sociedade civil liberista*, composta pelo setor privado não estatal, atua no espaço estatal por meio de parcerias, resta apresentar qual é o espaço de operação da Sociedade repersonalizada, formada pela coletividade nos termos acima explanados.

Para estabelecer o espaço de atuação da Sociedade repersonalizada no paradigma pós-moderno é preciso ter em vista as descrições ora elaboradas a respeito de ela ser a proprietária dos bens coletivos autônomos e titular dos direitos que envolvem tais bens. Isso porque sua atuação se dará sempre que estiver em questão o exercício e/ou a tutela de bens coletivos, assim como ocorria em Roma em relação ao *populus* e a sua *res publica*.

---

<sup>761</sup> Discorreu-se sobre os novos atores sob a denominação de *terceiro setor* no tópico 2.3.

<sup>762</sup> Sentido explicado no título 1.3.

Com a análise do tema saúde, pode-se verificar, baseando-se nas descrições e explicações dispostas no tópico anterior e no 2.1, que atualmente, em decorrência do domínio que o paradigma jurídico-político moderno ainda exerce, as decisões sobre o exercício e a tutela dessa propriedade extrapatrimonial dependem, principalmente<sup>763</sup>, do poder estatal no âmbito de suas três funções: legislativa, administrativa e judiciária. O que leva a considerar que a Sociedade deva atuar, particularmente, no espaço institucional. No entanto, sua inclusão como ator em tal cenário, exige nova formatação e processos próprios, como já mencionado.

Assim, considerando-se que é nesse âmbito que se tomam as decisões centrais em relação à condução e proteção do bem saúde, que é da coletividade, é nesse campo, e para esses fins, que ela deverá atuar e não num espaço público não estatal aos moldes descritos por Jürgen Habermas, Liszt Vieira e mesmo por Boaventura de Sousa Santos<sup>764</sup>, apesar da importância desse espaço.

Embora seja no espaço institucionalizado que se deva dar tal atuação, ela em nada se compara com as atividades da *sociedade civil liberal* em suas parcerias estatais. Além disso, o ponto fundamental a se destacar é que o modelo moderno, justamente por ter excluído a Sociedade de seu cenário, não se apresenta apto a conformar tal atuação, como já destacado desde o início deste título.

A constatação de sua inadequação não significa, porém, que ele deva ser desconsiderado ou desconstruído. O que se verifica é a necessidade de se prever espaços institucionais, novos ou (re)configurados, para atuação da Sociedade repersonalizada em situações que digam respeito ao bem coletivo saúde. Âmbito institucionalizado em que os sujeitos modernos, o Estado e o indivíduo, continuam a atuar, porém, sob outra lógica e outros papéis.

A asseveração de José Isaac Pilati (2011, p. 170, grifos do original) é clara nesse sentido. O autor afirma que sem prejuízo das instituições, instrumentos e mecanismos modernos, que se mantêm em vigor,

[...] abrem-se novos espaços políticos, para que a *Sociedade* (como a plebe em *comitia tributa*) decida sobre interesses coletivos: juntamente *e sob*

<sup>763</sup> Faz-se a ressalva em virtude do dever de todos em proteger a saúde. Dever que envolve a atuação dos indivíduos em campo de solidariedade social. Conforme já mencionado no tópico 2.1 e a ser examinado no 4.1.

<sup>764</sup> Tema já examinado no tópico 3.1.

*condução das autoridades constituídas*: do Executivo, do Judiciário ou da própria Sociedade Civil. Um fórum que reúne e compõe toda a Sociedade para determinados assuntos, nos termos da Constituição e na forma do devido processo legal. A igualdade política e jurídica em torno de bens coletivos, retirados do público-estatal inanimado para um resgate efetivo e eficaz.

Essas considerações evidenciam a necessidade de *processos próprios* para lidar com o bem coletivo saúde, que a Constituição de 1988 já resgatou tanto no plano jurídico, ao reconhecer a autonomia e a titularidade de tal bem, quanto no político, ao configurar a República participativa.

A *participação* ou democracia *participativa* foi prescrita em vários dispositivos constitucionais<sup>765</sup>. Logo no parágrafo único do artigo 1º a participação direta consta, ao lado da forma indireta, como meio de exercício da soberania popular. E, no que diz respeito ao direito à saúde, estabeleceu-se no artigo 198, III, a “participação da comunidade” como uma das diretrizes organizativas do Sistema Único que deve ser operacionalizado para viabilizar a concretização do direito constante no artigo 196.

Partindo da titularidade coletiva, a Carta Magna ofereceu “a base material do processo coletivo propriamente dito”. Isso porque dispôs que os direitos em torno dos bens coletivos, por serem assunto da Sociedade repersonalizada ou “do povo constitucional”, são de índole da democracia direta, da soberania popular. Quadro no qual o cidadão não é súdito e sim *dono* do bem coletivo enquanto condômino (PILATI, 2011, p. 159)<sup>766</sup>.

---

<sup>765</sup> Conforme já mencionado no tópico anterior.

<sup>766</sup> No trecho original, José Isaac Pilati (2011, p. 159, grifos do original) refere-se especificamente ao meio ambiente e ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Segundo o autor: “De fato, o art. 225 da CRFB é o exemplo: dispõe que todos têm **direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na qualidade de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. É direito que se impõe constitucionalmente ao poder público e à coletividade; e disso decorre o **dever** de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações. No sistema representativo o ambiente é enquadrado como dever apenas, objeto público de polícia. O paradigma dos interesses difusos avança em relação a esse aspecto, sem dúvida; mas não alcança o mais importante, o *status* de direito subjetivo coletivo, com sua agora de exercício e de tutela.”

A compreensão a respeito dos dispositivos constitucionais supramencionados, que acompanha a (re)classificação dos bens e dos sujeitos no panorama pós-moderno, identificando-se com o resgate do coletivo *no plano dos processos*, torna-se possível com base nas lições apreendidas por meio do contraponto romano. Trata-se de mais uma lição que acompanha a *res publica* e o *populus*, nos termos examinados anteriormente.

Sob esse aspecto as lições romanas apresentam-se como peça chave para desvendar a participação nos processos que envolvem o exercício e a tutela do bem coletivo saúde ou de qualquer outro bem de mesma classificação. Isso porque nesse contexto, em que a saúde pertence a todos em regime de copropriedade<sup>767</sup>, ela só pode ser disponibilizada coletivamente ou, em outras palavras, as decisões sobre ela devem ser tomadas pelo titular, a Sociedade personalizada, que, enquanto corporação ou organização da universalidade de cidadãos, nos termos já expostos, deve deliberar pela participação direta, sob a coordenação e ratificação das decisões pelas autoridades competentes.

A noção de processos, mecanismos e instrumentos próprios referem-se justamente à peculiaridade de os bens coletivos exigirem exercício e proteção em contexto participativo, de forma a permitir que o seu titular, a Sociedade, participe de forma direta em decisões que os afetem.

Assim, para o exercício e a tutela do bem coletivo saúde deve haver regime específico que abarque o equilíbrio entre os sujeitos e os seus poderes. O que deve ser previsto a exemplo do sistema romano, no qual havia coordenação entre a *soberania* do *populus*, a *potestas* e *imperium* das magistraturas e a *auctoritas* do senado.

Com base em tais ensinamentos percebe-se que nas deliberações sobre a saúde a Sociedade não atuará sozinha e nem em espaço qualquer. Há de ser previsto novo *locus* institucional e organizados novos processos e regras que os orientem no sentido de manter o equilíbrio das relações políticas. Trata-se de nova configuração que, para ser posta em funcionamento, exige novas estruturas.

Tais orientações indicam que os processos coletivos a serem concebidos no contexto da República participativa, com aptidão para lidar com complexidade dos conflitos pós-modernos, fogem à lógica adversa-

---

<sup>767</sup> Nesse sentido, “os bens coletivos, ou seja, aqueles bens que não são do Estado, nem do particular, mas de todos e cada um de nós, em regime de co-propriedade e co-responsabilidade (saúde, educação, ambiente e assim por diante)” (PILATI, 2005, p. 65).



rial, possibilitam a democratização dos processos legislativo, administrativo e judicial e exigem a (re)visão dos papéis dos entes estatais, dos interessados e especialistas (PILATI, 2011, p. 3; 160) assim como do atual funcionamento dos instrumentos de participação direta.

Nesse sentido: “É a coletividade como atora [*sic*] social, que nessa ordem assoma à tribuna de sujeito de direito, quanto aos bens da Sociedade, desafiando novos parâmetros de direito material e de instrumentos de tutela” (PILATI, 2011, p. 105).

Além disso, a atuação perante o direito à saúde – seguindo as orientações voltadas aos demais bens coletivos e exigindo abordagem estrutural e casuística que viabilize, nos casos concretos que envolvam os bens coletivos, a atuação do seu titular, a coletividade, por meio de processos com participação direta (PILATI, 2011, p. 79-97; 21-23; 2008a, p. 7-8; 15) – deve ser configurada paralelamente àqueles processos da dimensão pública, nos quais se localizam o direito penal, administrativo e, nesse âmbito, particularmente, o poder de polícia (PILATI, 2008) e as políticas públicas, e àqueles da dimensão privada.

Recorda-se, neste ponto, que as propriedades especiais “se exercem preservando, obedecendo e conciliando o individual, o público e o coletivo, mediante procedimentos de aquisição, exercício e tutela próprios” (PILATI, 2011, p. 41).

Nesse sentido, na pós-modernidade,

Com a República Participativa, os direitos fundamentais desabrocham em normas de procedimento; ao lado do arbítrio individual da propriedade comum, os procedimentos das propriedades especiais e da função social; ao lado do processo administrativo autocrático, o participativo; ao lado do processo judicial tradicional, também os procedimentos de democratização da jurisdição. Com isso, estudos de impacto de vizinhança passam a ser atividades corriqueiras da vida urbana e rural; audiências públicas passam a ser fonte legitimadora de investimentos, em novos papéis das autoridades, interessados e especialistas, perante a comunidade personalizada. (PILATI, 2011, p. 159-160)

Assim, aos processos administrativo, judicial e legislativo tradicionais não de ser acrescentados os processos judicial, administrativo e judiciário participativos (PILATI, 2011, p. 154), de modo a formar nova

estrutura caracterizada pela convivência entre, por exemplo: o processo individual tradicional, com base no Código Civil; o processo relativo aos interesses difusos, da Lei 7.347/85<sup>768</sup>, que na nova estruturação recebe a denominação de coletivo impróprio; o processo coletivo próprio, que consiste justamente no tipo de processo participativo<sup>769</sup> (PILATI, 2011, p. 156-157).

Nessa configuração diferencia-se a tutela transindividual, que tem em vista a proteção de grupos, com integrantes identificados ou não<sup>770</sup>, dos processos *coletivos próprios que procuram estabelecer, em cada caso concreto*, a abrangência do bem comum frente ao exercício da propriedade privada. “Por isso a decisão resultante destes processos não seria heterônoma – a aplicação silogística da lei ao caso concreto, ‘dando razão’ a uma das partes –, e sim decisão construída, participativa e ‘inclusiva’” (SILVEIRA, 2011, p. 38), de acordo com os pressupostos apresentados neste título e no 1.3.

No que diz respeito aos instrumentos e mecanismos para a participação direta, a ressalva de que o modo pelo qual eles funcionam na atualidade devem ser (re)vistos, justifica-se em virtude de tratarem-se de mecanismos que já existem na ordem jurídico-política e que têm lógica e procedimentalidade condicionada, ainda, aos pressupostos do paradigma moderno de representação. Por isso, o resgate do coletivo exige não somente novo espaço para manifestação do sujeito coletivo, a Sociedade. Requer também novas estruturas e a (re)configuração dos instrumentos e mecanismos a serem utilizados. Instrumentos que, pela nova lógica, poderão ser os responsáveis pela abertura da arena participativa, como é o caso, por exemplo, da audiência pública.

A Constituição de 1988 prevê instrumentos participativos. Dentre eles podem ser citados: I – plebiscito, II – referendo e III – iniciativa popular, de acordo com o artigo 14; e as audiências públicas com a sociedade civil, que constam no artigo 58, § 2º, II, e cuja realização consiste em competência das Comissões do Congresso Nacional e das suas Casas<sup>771</sup> (BRASIL, 1988).

---

<sup>768</sup> A ser mencionado com maiores detalhes no capítulo seguinte, no título 4.1.

<sup>769</sup> Na passagem o autor ressalta que “os projetos de codificação referidos têm-se limitado ao segundo, dos interesses difusos e seus desdobramentos. Falta contemplar o perfil procedimental estrutural do processo coletivo próprio, cuja natureza e estrutura diferentes dos outros dois, da esfera tradicional” (PILATI, 2011, p. 156).

<sup>770</sup> Tema a ser destacado no tópico 4.1.

<sup>771</sup> Observação já efetuada no tópico 2.3.

Esses mecanismos, introduzidos no âmbito constitucional em razão das noções de democracia no âmbito no Estado Democrático de Direito – como já mencionado nos títulos 1.2 e 3.1 – são mencionados no contexto dos processos coletivos pós-modernos. São citados, particularmente, o referendo, o plebiscito e a audiência pública (PILATI, 2008) como meios para o exercício e tutela do direito coletivo à saúde.

Além dessas indicações, feitas na conjuntura de resgate do coletivo e, assim, da complexidade do paradigma jurídico-político, há, no âmbito de discursos correntes sobre a pós-modernidade, citados especialmente no tópico 3.1, referência a outros mecanismos como, por exemplo: o orçamento participativo e os conselhos gestores, dentro os quais se encontram os Conselhos de Saúde, municipais, estaduais e nacional.

No entanto, não bastam a previsão e o recurso a esses instrumentos. Apesar dos avanços que eles possam representar, quando utilizados sob a configuração e procedimento que lhes são característicos na atualidade, acabam perpetuando a lógica do paradigma moderno representativo e de exclusão da Sociedade dos processos decisórios. E o fazem transvestidos de caráter de democracia participativa ou direta, conforme já mencionado nos tópicos 1.2 e 1.3. É o que ocorre com a estrutura participativa do SUS, descrita no título 3.2.

Recorda-se, ainda, que o referendo e o plebiscito foram recursos muito utilizados em tempos modernos. Já eram previstos no século XVII e XVIII, conforme citado no tópico 3.1 (NÁRDIZ, 2010, p. 176; 66). Além do que, já foram empregados para fins nada democráticos donde o caso de Hitler, citado naquele título, é exemplar (CAENEGEM, 2009, p. 271; 336).

Em relação às audiências públicas, no âmbito da saúde, é importante lembrar, de acordo com o disposto no tópico 2.3, que o seu emprego teve destaque no contexto da Reforma Administrativa que, no Brasil, refletiu-se na adoção de tal instrumento no âmbito das agências reguladoras, como, por exemplo, a ANS. E não se olvide da sua recente previsão, por meio da Lei Complementar 141/12, para a participação social durante o processo de elaboração dos planos de saúde (BRASIL, 2012).

Destaca-se, também, que todos esses instrumentos estão conectados, de uma forma ou de outra, à ideia de representação. Mesmo o orçamento participativo e os Conselhos gestores, alternativas que têm sido apresentadas como novos espaços deliberativos que rompem essa lógica para permitir a efetiva participação direta da população, não conseguem, ainda incluir a Sociedade nos termos explicados neste tópico e no 1.3<sup>772</sup>.

---

<sup>772</sup> Tema que, em relação aos Conselhos, será retomado no próximo capítulo.

A exigência de (re)estruturação do funcionamento de tais instrumentos no âmbito dos processos coletivos próprios e, assim, para lidar com os casos que envolvam os bens coletivos, como a saúde, está relacionada justamente com a necessidade de (re)definição das funções do Estado e do indivíduo perante a atuação da Sociedade personalizada.

Isso porque ao recorrer-se a um dos mecanismos ora citados – excluindo-se aqui o exemplo dos conselhos e do orçamento participativos, por se identificarem mais com as arenas em si do que com instrumentos – para a realização de processos coletivos, a sua configuração deve ser (re)vista, na esteira das lições romanas, com escopo de: a) criar a arena, *locus* ou espaço para a participação deliberativa da Sociedade enquanto coletividade personalizada e não por meio de representantes, definindo o seu papel; b) definir o papel do Estado enquanto parceiro, auxiliar técnico, fornecedor de informações e infraestrutura (PILATI, 2011, p. 117-118; 37; 75); c) estabelecer regras para seleção e procedimento da autoridade que irá conduzir o processo e daquela que irá ratificar as decisões da Sociedade; d) definir a forma de atuação do indivíduo para os casos em que houver impasses entre direito individual ou de grupos e o direito da Sociedade; e) prever a vinculatividade das decisões da Sociedade ratificadas pela autoridade competente.

De forma resumida, retomando citação feita no tópico 1.3, pode-se dizer que todos os processos envolvendo o bem coletivo saúde terão as seguintes características: “a deliberação é da esfera da Sociedade, sob a condução de uma autoridade – eleita ou designada – e seu efeito coativo depende de homologação, ou do Parlamento, ou da autoridade competente do Executivo, ou do Juiz da causa (PILATI, 2011, p. 130; 117-118). Lembrando nesse aspecto mais um ensinamento romano: o de que “as autoridades representativas não interferem no processo participativo” (PILATI, 2011, p. 128).

É importante que sejam pensadas formas de organização de tal processo para tornar possível a identificação não apenas dos novos papéis em seu âmbito, mas também das regras sob as quais eles se desenvolverão e, ainda, do efeito jurídico que advirá das decisões tomadas em seu campo de ação.

Essas questões devem ser examinadas observando a constatação, já mencionada várias vezes neste título, de que: o resgate do coletivo não exclui as conquistas modernas, mas leva a novo panorama de análise do direito à saúde.

Disso resulta quadro ao qual se acrescentam os processos participativos próprios e, consequentemente, novo tipo de normas por meio deles produzidas, decorrentes de suas decisões construídas, participati-

vas e inclusivas, como dito antes. Dessa forma, as peculiaridades dos processos coletivos próprios refletem-se tanto em nova estruturação de processos decisórios e de instrumentos participativos como na substituição do monismo pelo pluralismo jurídico diante da conjuntura em que as leis participativas retiram dos órgãos estatais representativos o status de único criador do direito. O que implica o “pluralismo de fontes, sob a égide dos instrumentos constitucionais e das leis de natureza participativa e de contratos coletivos” que se somarão às leis de origem representativa (PILATI, 2011, p. 154-155; 50).

Visto que no aspecto representativo “a norma parece feita para ter baixa eficácia, perante o vórtice individualista do direito subjetivo, perante a dependência do voluntarismo estatal, tão conveniente ao jogo da economia e dos altos interesses poderosos”<sup>773</sup> (PILATI, 2005, p. 51-52) e, que, é na lei participativa que concretiza a função social na pós-modernidade<sup>774</sup> (PILATI, 2008)<sup>775</sup>, levanta-se questão que para a autora parece fundamental: a vinculatividade das decisões da Sociedade tomadas no seio dos processos coletivos e ratificadas pela autoridade.

Isso envolve a forma por meio da qual tais decisões são exteriorizadas e incluídas no plano jurídico e, conseqüentemente, a força jurídica e os efeitos que elas terão na prática. Visto que os processos coletivos próprios hão de se desenvolver no nível das três funções do Estado, a legislativa, a judiciária e a executiva, percebe-se, em virtude da própria discussão em torno da exteriorização das decisões administrativas citadas no tópico anterior, que na função executiva a questão torna-se ainda mais premente<sup>776</sup>.

No contexto ora esboçado os conflitos entre a dimensão individual ou pública do bem saúde e a sua dimensão coletiva permitem visualizar que o resgate do coletivo nos três planos já mencionados – dos bens, dos sujeito e dos processos – possibilita o próprio resgate da função social.

---

<sup>773</sup> O autor afirma que: “Para o jurista moderno, dos códigos e da *propriété*, o Direito da Lei, com sua supremacia, ostenta uma face de completude, de totalidade técnica sistematizada, legalista e perfeita; mas é um aparato formal, que assegura vazios jurídicos. [...] o Direito diz como fazer, mas não o que fazer. Não é a lei que diz o que plantar ou quanto, pois isso é da alçada do meu direito subjetivo, assegurado como direito fundamental pela Constituição. O Direito, assim, tem o papel de forma e não de substância.” (PILATI, 2011, p. 20).

<sup>774</sup> A ser explicada logo a seguir.

<sup>775</sup> Na passagem, ao citar o termo *lei*, o autor se refere ao Plano Diretor.

<sup>776</sup> Tema a ser retomado nos títulos seguintes.

Nesses termos a função social é compreendida como princípio de raiz constitucional, ou seja, fundamentado nos direitos sociais como direitos coletivos fundamentais, que visa garantir a defesa ampla do bem coletivo – tanto pública quanto coletiva – quando contraposta a direitos individuais e aos poderes estatais (PILATI, 2005, p. 62; 66).

Assim, a saúde, como as demais propriedades especiais *extrapatrimoniais* ou coletivas, é base da função social pós-moderna que consiste no princípio que informa a tutela coletiva “dos interesses ou valores coletivos – ou sociais fundamentais – como direitos subjetivos da Sociedade e de cada cidadão”. Por meio dela procura-se evitar qualquer tipo de lesão, real ou potencial, aos bens coletivos e aos direitos a eles correspondentes (PILATI, 2005, p. 66; 65).

No sentido que se pode falar em função social da saúde<sup>777</sup>. José Isaac Pilati (2005, p. 65) explica que:

Quando alguém, exercitando poder econômico ou político assegurado pelo ordenamento jurídico, vai além do seu direito, e apropria-se daquilo que não é dele, do bem coletivo fundamental – do qual não pode dispor individualmente – incide o princípio da função social; incide como princípio harmonizador, legitimando qualquer pessoa idônea da Sociedade a agir, seja administrativamente, seja em juízo. A Sociedade não pode ficar à mercê da boa vontade das autoridades, nem mesmo do Ministério Público (ele próprio incapaz, humanamente, de dar cabo de tanta demanda no campo dos interesses coletivos).

Verifica-se ser concepção completamente diferente daquela introduzida pelo constitucionalismo moderno. E que se conforma à dimensão

---

<sup>777</sup> Na explicação sobre a função social, José Isaac Pilati (2008) faz menção expressa à saúde: “Em suma, a função social tem de um lado uma propriedade especial, pertencente ao indivíduo e de outro, bens coletivos autônomos, que se expressam como direitos fundamentais da coletividade, tais como ambiente, saúde, patrimônio histórico e cultural. A função social, em face disso, personifica o sujeito coletivo de direito; e todos os conflitos que lhe dizem respeito, nessa condição, desencadeiam processos coletivos propriamente ditos (de consequências bem mais amplas do que as que se verificam nos interesses transindividuais difusos do Código de Defesa do Consumidor)”.

de direito subjetivo da coletividade frente aos bens coletivos que pertencem ao próprio sujeito que pleiteia o direito individual. Isso porque este sujeito é condômino e responsável pelo bem coletivo (PILATI, 2008).

Diante da análise elaborada neste tópico enfatizam-se algumas características da saúde como bem coletivo extrapatrimonial, que pertence a toda a sociedade em sistema de copropriedade.

A primeira deriva dos fatos de ela não ser passível de apropriação nem pública nem privada e de sua lesão não resultar em aumento patrimonial para o agressor ou seus sucessores. Da qual se tem a imprescritibilidade. Outra é reflexo da própria ideia de que dela não se pode dispor senão coletivamente, o que impede a atuação de qualquer indivíduo, ente estatal e mesmo de membros do Ministério Público nesse sentido. Daí o caráter de indisponibilidade. A última característica a ser citada neste momento decorre da forma que se pode dispor *desse bem coletivo que, por ser de todos, só pode ser disponibilizado pela coletividade por meio de procedimentos próprios, ou seja, coletivos-participativos*. Nesse sentido, verifica-se a procedimentalidade (PILATI, 2008; PILATI, 2011, p. 124; 101)<sup>778</sup>.

Do exposto nota-se, também, que “a Pós-Modernidade vem descreditando a departamentalização do Direito realizada pelos códigos” (PILATI, 2011, p. 40). Ela tem exigido novas concepções, teorizações e classificações jurídicas. É o caso dos bens coletivos, como a saúde, que exigem regime jurídico próprio.

São mudanças que afetam vários ramos do direito, sob as diferentes formas. No entanto, para o presente trabalho ressalta-se a importância das análises elaboradas neste título para o ramo do direito sanitário, que foi brevemente apresentado no capítulo 2. Nesse sentido, procura-se destacar que, não obstante estar-se frente a um *novo ramo do direito, com peculiaridades próprias* –, sua descrição, interpretação e aplicação têm sido elaboradas tomando-se por base a configuração e as características de outros sub-ramos do direito público e privado, seguindo as configurações do modelo jurídico-político moderno. Em decorrência disso, o direito sanitário mantém-se refém da dicotomia moderna público x privado e é descrito e compreendido baseando-se em classificações, instrumentos e procedimento daquele modelo, responsável pela abordagem dicotômica. Dessa forma, em tempos pós-modernos o direito sanitário deve trilhar os caminhos do resgate da dimensão coletiva do direito à saúde, nos termos aqui apresentados, e passar a ocupar-se com o cole-

---

<sup>778</sup> Características já citadas para os bens públicos em geral no tópico 1.3.

tivo *próprio, extrapatrimonial*, ao lado e em pé de igualdade do direito público, ou privado.

A Constituição já abriu o caminho para o tratamento da saúde, assim como dos demais bens coletivos, sob a perspectiva participativa ora tratada. No entanto, as interpretações e análises atuais não alcançaram, ainda, a complexidade das propriedades extrapatrimoniais coletivas introduzidas por aquele texto. Continuam a reproduzir o paradigma moderno.

Verifica-se que os debates acerca do direito à saúde encontram-se em contexto no qual tem sido mantida ordem jurídica inadequada para a proteção dos direitos e interesses fundamentais dos homens e da civilização. A inadequação, que tem como causa primeira a inaptidão do Estado autocrático, decorre do fato de que em tais análises:

O método que compartilham de modo geral como paradigma enreda-os na massa falida da Modernidade, e eles pretendem solucionar a obsolescência jurídica com paliativos da velha ordem superada, como se fosse possível tutelar o coletivo com instrumentos do CPC e sem rever o arcabouço institucional.<sup>779</sup> (PILATI, 2011, p. 16-17)

O modelo moderno de sociedade entrou em crise, mas seu paradigma jurídico-político continuou a operar. E é isto que se verificará das abordagens traçadas no tópico inicial do próximo capítulo: contexto em que ainda predominam as categorias jurídico-políticas modernas. Categorias, aliás, que comprovam sua força, mesmo em tempos pós-modernos, ao viabilizarem o destaque, de um lado, de perspectiva e significação do aspecto coletivo que enfatiza o papel do Estado e, de outro, a perspectiva e sentido do coletivo que coloca o indivíduo em evidência por meio da ideia de direito subjetivo. E, ainda, a exclusão da terceira possibilidade que se relaciona diretamente com a Sociedade.

Essas críticas não pretendem sugerir que as interpretações e abordagens modernas do aspecto coletivo – que colocam em evidência a ênfase, de um lado, no dever estatal e a solidariedade social diante de coletivo a ser representado e, de outro, no direito subjetivo – devam ser desconsideradas quando da análise do direito à saúde. Elas significam conquistas que marcam o quadro jurídico e político do Estado Democrático de Direito e devem ser mantidas.

---

<sup>779</sup> Ressalta-se que ao fazer tal asseveração o autor não se limita ao direito à saúde.



O que se tem a fazer é colocar ao lado dessas duas perspectivas e, em mesmo nível, sob as orientações, interpretações e instrumentos próprios, aquela outra que trata a saúde como direito de todos e que envolve o direito de todos de participar das questões a ela relativas. Abordagem que, como já mencionado, ainda não foi tratada de forma autônoma justamente por sua compreensão depender de categoria fundamental que foi excluída do quadro jurídico-político moderno: a Sociedade ou coletividade.

Nesse panorama as interpretações atuais do artigo 196 da Carta Magna não alcançam sentido pós-moderno e, por isso, os processos participativos para o exercício do direito coletivo à saúde no SUS continuam presos a preceitos modernos como a representação. Por ainda estarem sob as amarras modernas não conseguem identificar que nesse dispositivo o direito social à saúde, previsto no artigo 6º, foi positivado como *propriedade especial extrapatrimonial* ou *propriedade coletiva propriamente dita* que pertence à Sociedade enquanto sujeito autônomo.

Trata-se de quadro que reforça a afirmação de Edgar Morin ([1998], p. 194, 295), já mencionada no tópico 1.2 do presente trabalho, de que “por toda a parte, vemos que não há mais unidade elementar simples, mas o paradigma reducionista continua a funcionar no vazio como um robô programado há séculos num planeta doravante deserto”.

Entretanto, essas observações não indicam posicionamento a favor da abolição da ordem moderna, como já asseverado. Elas chamam atenção para o fato de que:

Esse *erro* (?) de continuar aplicando o velho modelo no contexto de mudança gera o vazio jurídico estrutural de resolver problemas de tutela coletiva pelos moldes do Código Civil, que é direito comum, e do Código de processo civil, que se orienta pelo conflito individual.

Não é um mal em si que o modelo da propriedade moderna esteja vivo na ordem constitucional de 1988; é o contrário. O que se impõe é implementar a República Participativa, como soberania, estrutura política e forma jurídica próprias. (PILATI, 2011, p. 47)

A utilização do arcabouço teórico, prático e cognitivo moderno para lidar com o bem coletivo saúde e com a participação – elementos centrais da pós-modernidade que deveriam ser examinados de acordo com a complexidade característica desse modelo social –, que vem sen-

do formado desde o início da fase de transição paradigmática descrita no tópico 1.2, faz com que as diferentes propostas e iniciativas participativas para a área da saúde sejam concebidas, assim como as abordagens sobre o *aspecto coletivo do direito à saúde*, com base em particularidades simplificadoras e reducionistas e sejam configuradas sob as diretrizes representativas que organizam o jogo do poder político em torno de dois grandes sujeitos: o Estado e o indivíduo/sociedade (de indivíduos). Formando-se quadro que exclui qualquer possibilidade de reconhecimento da Sociedade enquanto sujeito capaz de se manifestar juridicamente. Cenário que não foi alterado pelas propostas mais recentes de participação que introduziram novos atores e novos “espaços” decisórios<sup>780</sup>.

As políticas públicas consistem em uma das formas de o Estado exercer o direito coletivo à saúde. A previsão da participação “comunitária”, por meio dos conselhos de saúde, para a elaboração de tais políticas, expressou mudanças significativas no exercício de tal direito. No entanto, essa mudança não alcança a complexidade da dimensão coletiva.

Sob essa formatação, a *participação* e o *direito à saúde* são observados como categorias isoladas que precisam ser conectadas para que a *participação* possa ser inserida no âmbito do *setor saúde*. De onde resulta o modelo de *participação* que, mesmo que seja adjetivado como participativo, continua *preso* à representação. Essas configurações derivam-se da inaptidão para lidar com a complexidade. Elas são estruturadas de acordo com a visão restrita imposta pelas *vendias* modernas que impedem de ser visto que a participação é elemento inerente ao direito coletivo à saúde enquanto propriedade coletiva extrapatrimonial.

Constata-se, então, panorama repleto de categorias pós-modernas que estão, ainda e paradoxalmente, sob o domínio de paradigma que, apesar da crise e da transição para novo modelo, tem mantido a função de controle sobre teorias, raciocínios e a base cognitiva, intelectual, cultural e epistemológica da qual estes são elaborados<sup>781</sup>.

Isso indica, sob uma perspectiva abrangente, a necessidade de colocar, decisivamente, a pós-modernidade brasileira em seu lugar de *paradigma*, ou seja, de ela assumir com todas as especificidades<sup>782</sup>, dentre elas a lógica da complexidade, a função paradigmática de controle das bases teóricas, cognitivas, epistemológica, cultural e intelectual da sociedade. De modo a permitir que as categorias e elementos centrais desse

---

<sup>780</sup> Propostas brevemente descritas no tópico 3.1.

<sup>781</sup> Função paradigmática já explicada no tópico 1.1.

<sup>782</sup> Características traçadas no tópico 1.2.

modelo social possam passar a atuar em consonância com suas orientações e não mais com aquelas derivadas do modelo social anterior, que correspondem a configuração jurídico-político na qual a supremacia da lei, a institucionalização do Estado como ente abstrato e a democracia representativa foram concebidos sob a direção e em função da propriedade privada dominial, que se destacava como a principal categoria paradigmática daquele período.



## CAPÍTULO 4

### **(RE)CONFIGURAÇÃO PARADIGMÁTICA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS À SAÚDE NO BRASIL: DOS CONSELHOS DE SAÚDE AOS PROCESSOS COLETIVOS PARA DELIBERAÇÃO DAS POLÍTICAS DO SISTEMA ÚNICO**

Este capítulo trata da idealização de nova estrutura para o exercício pós-moderno do direito coletivo à saúde a partir da fase de formulação das políticas do SUS. Examina, inicialmente, a inadequação de algumas abordagens atuais acerca do aspecto coletivo deste direito para o contexto pós-moderno, as quais contemplam diferentes perspectivas para o tratamento da dimensão coletiva, mas, no entanto, conservam as abordagens dicotômicas entre coletivo-público x individual e a necessidade de intermediação e representação do Estado e/ou do indivíduo para o exercício e a proteção de tal direito, características tipicamente modernas. Após afastar tais interpretações, traça os fundamentos da estrutura participativa para o exercício pós-moderno do direito de todos à saúde. A fundamentação é elaborada com base nos limites da estrutura de participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde e nos elementos fundamentais dos processos coletivos próprios. Diante deste suporte, apresenta e explica os principais traços a serem incorporados na estrutura voltada para o exercício do direito coletivo à saúde na fase de formulação das políticas do setor – momento fundamental em que se delibera sobre o conteúdo do direito à saúde e sobre o rumo a ser seguido pelo Estado.

#### **4.1 INTERPRETAÇÕES ACERCA DO ASPECTO COLETIVO DA SAÚDE A SEREM SUPERADAS NA CONSTRUÇÃO DO MODELO PÓS-MODERNO**

Da análise dos capítulos 2 e 3 percebe-se que o tratamento do direito de todos à saúde, mesmo depois das conquistas constitucionais do pós-88, continua a fundamentar-se na lógica moderna, proprietária, dicotômica, reducionista e simplificadora.

Essa realidade reflete-se no significado que tem sido atribuído à *dimensão coletiva do direito à saúde*. Traçar panorama com abordagens atuais acerca dessa dimensão enfrenta, como primeiro desafio, a ausência de tratamento homogêneo do tema e da significação do termo *coletivo*. Os posicionamentos e conceitos variam, dentre outros motivos, em

razão do contexto histórico, do referencial teórico do autor e, também, em função do ramo do direito do qual se elaboram as investigações.

Apesar do desafio inicial, relacionado aos campos teórico e semiótico, será possível, partindo das descrições e contextualizações elaboradas nos capítulos anteriores e das abordagens a serem examinadas neste título, extrair observações gerais em torno de alguns significados atribuídos à dimensão coletiva do direito à saúde. Dos exames, poder-se-á notar *referência* a questões que serão objeto de estudo do próximo tópico: a saúde enquanto bem jurídico; sua titularidade; meios de exercer e proteger o direito à saúde. Além disso, verificar-se-á posição comum nas diferentes análises da temática: a dicotomia entre o aspecto individual e o aspecto coletivo/público do direito à saúde.

A influência da conjuntura histórica na estipulação do significado do termo *coletivo* para a área da saúde fica evidente ao observarem-se, por exemplo, as descrições elaboradas no título 1.1, sobre a saúde na modernidade, e aquelas aludidas no tópico 2.2, a respeito da organização do setor no Brasil antes e depois da Constituição Federal de 1988.

Na descrição da modernidade mencionou-se que a saúde, antes de ser tratada como direito, abrangia questões de higiene e associava-se à ideia de saúde pública. Esse é, também, o cenário brasileiro, no qual o modelo de proteção social predominante entre as décadas de 30 e 70, denominado *seguro social*, forneceu as bases e os rumos para a estruturação do setor saúde da época<sup>783</sup>. Ele fundamentou o sistema previdenciário de caráter contributivo por meio do qual eram assegurados apenas os trabalhadores do mercado formal e seus familiares. Em outras palavras, apenas a esses sujeitos eram fornecidos serviços de saúde e, mais precisamente, a assistência médica.

A oferta da assistência médica individual, de caráter curativo-hospitalar, coube ao setor privado. Ao setor público competiam as ações no âmbito preventivo, conhecidas como ações de caráter coletivo ou de saúde pública<sup>784</sup> (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2006, p. 15-16), muito ligadas às ideias de higienismo<sup>785</sup>.

Formado por segurados com benefícios ao invés de cidadãos com direitos (RODRIGUES; SANTOS, 2009, p. 67), o cenário da época

---

<sup>783</sup> Observar que no tópico 2.2 mencionou-se que o tipo de proteção social condiciona a forma do sistema de saúde.

<sup>784</sup> Recorda-se que, na década de 70, o Ministério da Saúde assumiu serviços de assistência hospitalar e ambulatorial a serem ofertados a pobres e trabalhadores informais. Conforme explicado no tópico 2.2.

<sup>785</sup> Citação já mencionada no tópico 2.2.

comportava: sentido restrito da dimensão *coletiva* da saúde, acomodado com as ações público-estatais de prevenção<sup>786</sup>; a contraposição entre saúde individual x saúde coletiva, que foi acompanhada da dicotomia saúde curativa x saúde preventiva<sup>787</sup>.

Com influência dos documentos internacionais de direitos humanos, do constitucionalismo do pós-45<sup>788</sup> e do movimento sanitário desenvolvido no contexto de redemocratização do país<sup>789</sup>, a Constituição brasileira de 1988 promoveu modificações radicais na organização do setor saúde e, conseqüentemente, no sentido do *coletivo* da saúde. Transformação que, em função das *amarras* da modernidade, não costuma ser observada nos termos do paradigma jurídico-político pós-moderno e acaba, por isso, não sendo compreendida na inteira complexidade pelas interpretações atuais.

Embora as mudanças exijam novas análises, são essas interpretações que se têm difundido nos estudos sobre o direito à saúde e que compõem o arcabouço teórico de tal direito. Daí a necessidade de apontá-las para que fique explícita a diferença entre elas e a teoria do coletivo adotada na presente tese com base nos fundamentos apresentados no capítulo 1.

No capítulo 2 foram observadas com mais detalhes as inovações que o texto constitucional introduziu na área do direito à saúde. Recordam-se algumas: o reconhecimento do direito à saúde como direito de cidadania, no sentido de que consiste em direito social fundamental de todos, a ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas organizadas e implementadas com a participação da “comunidade” no âmbito do Sistema Único, em conformidade com os preceitos do modelo de proteção de seguridade social<sup>790</sup>; o conceito amplo de proteção à saúde,

---

<sup>786</sup> Ao descrever o cenário internacional, Dallari (2003, p. 42) lembra que as atividades de prevenção, que surgiram a partir da segunda metade do século XIX, estiveram ligadas ao objetivo nacional de proteger a saúde das classes pobres, buscando influenciar seus hábitos higiênicos ao mesmo tempo que funcionavam como arma na luta contra a miséria.

<sup>787</sup> Apesar dessas mudanças, a herança do modelo anterior propagou o tratamento dicotômico que, entre o individual e o coletivo, assim como entre prevenção e cura, corresponde às demarcações das fontes de financiamento, que contavam com: “o SUS ‘coletivo’ para ‘aqueles que não podem pagar’ e necessitam ações básicas de prevenção; a assistência médica ‘individual’ para os integrados no mercado de trabalho” (BAHIA, 2005, p. 410).

<sup>788</sup> Descritos no tópico 1.2.

<sup>789</sup> Abordado especialmente no título 3.2.

<sup>790</sup> De acordo com os seguintes artigos da Constituição: 6º, 196, 198 e 194.

que abarca tanto a redução de riscos como a prevenção, promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

A conformação constitucional do direito à saúde carrega influências tanto nacionais quanto internacionais, conforme já assinalado. No que diz respeito ao tratamento dispensado à *dimensão* coletiva do direito à saúde mencionam-se ao menos três documentos internacionais que, na visão da autora, têm importância para o tema: o Plano Beveridge, de 1942; a Constituição da OMS, de 1948; e a Declaração da Conferência de Alma-Ata, de 1978<sup>791</sup>.

Por meio do modelo de seguridade social, concebido das disposições do plano Beveridge, introduziu-se, ao menos nos níveis constitucional e legal, o modelo universal de proteção à saúde. Isso significou passo fundamental em direção ao reconhecimento da saúde como direito de todos, já que um dos princípios da seguridade e dos sistemas universais de saúde consiste na universalidade<sup>792</sup>.

Já a Constituição da OMS costuma ser mencionada como referência na abordagem do direito à saúde como direito coletivo. Ela não só introduziu conceito amplo de saúde como, também, reconheceu dentre os seus princípios o direito de todo ser humano, sem nenhuma distinção, ao gozo do máximo grau de saúde<sup>793</sup> (OMS, 1948). O que se refletiu na abrangência do conceito de saúde adotado na VIII Conferência Nacional do setor e na Constituição de 88.

A Declaração de Alma-Ata serviu como base para o reconhecimento da importância da participação da comunidade no setor saúde, principalmente em nível local ou distrital. Noção de participação que alcança, particularmente, os processos decisórios e deliberativos sobre prioridades de saúde e alocação de recursos do setor. Tema que passou a ser considerado como central para estratégias de saúde para todos (WHO, 1999, p. 4)<sup>794</sup>. Suas diretrizes repercutiram nas propostas do mo-

---

<sup>791</sup> Destacou-se a importância da Constituição da OMS, especialmente no tópico 1.2; do Plano Beveridge, particularmente no 2.2; da Conferência e Declaração de Alma-Ata, no 3.2.

<sup>792</sup> Princípio do SUS já examinado no tópico 2.1. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 10) destacam que “não se deve confundir a titularidade universal do direito fundamental com a universalidade do acesso ao SUS, especialmente no que concerne à assistência pública à saúde”.

<sup>793</sup> Conforme observado no título 1.2.

<sup>794</sup> De acordo com o exposto no tópico 2.3. Recordar-se que, apesar da propagação dos termos da Declaração de Alma-Ata, ela relaciona-se aos cuidados de saúde primários.



vimento sanitário e, conseqüentemente, nos dispositivos constitucionais acerca da participação da “comunidade” no SUS. Previsões, aliás, que seguem a própria tendência participativa da Carta Magna de 1988<sup>795</sup>.

Essas influências indicam nova *faceta coletiva* da saúde no quadro pós-88. Ela não se restringe mais àquela acomodação da *saúde pública* com as ações estatais de prevenção, típica do período anterior à Constituição cidadã.

Fundamentando-se nas novidades constitucionais, a dimensão *coletiva do direito à saúde* passou a ser contemplada por diferentes abordagens. Da análise de algumas delas podem-se identificar *ao menos três perspectivas* que têm influenciado no estabelecimento do significado e abrangência do *aspecto coletivo da saúde*: a) uma que evidencia o direito que todos têm à saúde, na qual o termo *todos* se relaciona à coletividade que forma a sociedade e à qual se conecta o direito e o dever de todos de participar nas decisões sobre a saúde; b) outra que se concentra no dever estatal de garantir/concretizar o direito de todos, por meio de ações não apenas de prevenção, mas também de proteção e de fornecimento de prestações de saúde, porém, que não se desconecta do dever dos cidadãos e da sociedade de também protegê-la; c) e ainda uma terceira que enfatiza o direito subjetivo de todos à saúde.

Apesar das grandes mudanças observadas no novo panorama constitucional, verifica-se a conservação do quadro dicotômico entre o aspecto coletivo e o individual do direito à saúde. Embora mantido sob as configurações e significações renovadas que reforçam o caráter *obrigacional-estatal* da dimensão coletiva e que criam, em relação aos membros da sociedade e à sociedade, dimensão de *solidariedade social*.

Outras heranças do modelo anterior propagaram-se. Além da dicotomia supracitada, tem-se, por exemplo, o legado da dicotomia entre prevenção e cura, por meio das demarcações obradas pelas fontes de financiamento, no sentido de formar “o SUS ‘coletivo’ para ‘aqueles que não podem pagar’ e necessitam ações básicas de prevenção; a assistência médica ‘individual’ para os integrados no mercado de trabalho”<sup>796</sup> (BAHIA, 2005, p. 410).

<sup>795</sup> Conforme já abordado, também, no tópico 2.3.

<sup>796</sup> Citação que se refere, principalmente, às décadas iniciais do SUS. No entanto, Bahia (2005, p. 410) continua a análise e afirma que, “na prática, as diretrizes legais do SUS, embora intactas, não foram suficientes para conter movimentos que o moldaram segundo princípios distintos dos propugnados pela Constituição de 1988. Quinze anos após seu batismo legal, o SUS é considerado por uma grande parcela dos profissionais da saúde,

Trata-se de conjuntura na qual a contraposição entre ação estatal preventiva x ação privada médico-curativa também assume nova feição no âmbito do Sistema de Saúde com caráter constitucional-formal de universalidade. Reflete-se, como visto no segundo capítulo, em novas formas de relação entre os setores público e privado para a organização da oferta de serviços de saúde no âmbito do SUS, ou seja, para formação de sistema público complementado pelo privado e que convive com o setor suplementar, subsidiado, além de passar por (re)estruturações privatizantes advindas das reformas administrativas. São justamente essas relações, chamadas por Cohn de *mix* público/privado, que irão definir o perfil do Sistema de Saúde<sup>797</sup>.

Feitas as anotações preliminares, passa-se à análise de abordagens teóricas que se ocupam, de forma direta em alguns casos e indireta em outros, com a questão da dimensão coletiva do direito à saúde.

Com base na Constituição da OMS, Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 8; 10), estudiosos do direito sanitário, abordam a dimensão coletiva do bem jurídico saúde ao lado de outras duas dimensões: a individual e a de desenvolvimento<sup>798</sup>. Os autores afirmam que como bem jurídico coletivo, ela indica a necessidade de preservação tanto do indivíduo quanto da humanidade, no presente e no futuro.

Os autores destacam três trechos da Constituição da OMS que evidenciam a saúde como bem coletivo:

A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados. Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos.

A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui perigo comum (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 8-9; OMS, 1948, p. 1).

---

órgãos de imprensa, determinadas autoridades governamentais, empresários e sindicalistas como um sistema para os pobres”.

<sup>797</sup> Panorama que apresenta o SUS descrito por Bahia (2005, p. 410) caracteriza: o SUS formalmente universal e segmentado e estratificado na prática.

<sup>798</sup> Conforme mencionado no título 1.2. A dimensão de desenvolvimento, segundo Dallari (2003, p. 47), personifica-se no direito a nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana.

A noção de coletivo constante na citação conecta-se a abordagem jurídica que envolve a saúde não somente como direito, mas também como dever *dos Estados* e, inclusive, *de cada pessoa e da sociedade*<sup>799</sup> (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9). Envolve, especialmente, os deveres de proteção<sup>800</sup> da saúde contra todos os perigos, mesmo aqueles provenientes da falta de responsabilidade dos cidadãos. Sob essa perspectiva o caráter *coletivo* é atributo *da saúde pública* que se manifesta nas ações de controle estatal sobre comportamentos individuais que são estipuladas por meio de leis com o propósito de impedir ações prejudiciais à saúde de todo o povo (DALLARI, 2010, p. 56).

Nesses termos, o coletivo corresponde aos preceitos da saúde pública que, atualmente configurada como parte especializada do direito administrativo, se refere às atividades do Estado orientadas pela sociedade por meio dos mecanismos legislativos. Disciplina guiada pelos princípios precípuos do ramo administrativo – a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público<sup>801</sup> –, mas que não se reduz às suas disposições<sup>802</sup>, já que a aplicação do direito da saúde pública envolve (DALLARI, 2010, p. 57):

[...] ora são as atuações decorrentes do poder de polícia, ora a prestação de um serviço público, ora ainda, um imbricamento de ambos, como no caso da vacinação obrigatória realizada pelos serviços de saúde pública, que visam, principal ou exclusivamente, promover, proteger ou recuperar a saúde do povo. (DALLARI, 2010, p. 57)

---

<sup>799</sup> Concepção que remete à classificação do direito à saúde apresentada no tópico 2.1, segundo a qual se percebe, o direito fundamental à saúde consiste num emaranhado de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos (SARLET, 2010, p. 294-295).

<sup>800</sup> Dever correspondente à classificação da saúde como um direito de proteção, conforme explicação elaborada no título 2.1.

<sup>801</sup> Para citar tais princípios, a autora menciona Mello.

<sup>802</sup> Ao mencionar a diversidade de significados que a expressão *saúde pública* recebe, Aith (2007, p. 50-51) afirma que: “Refere-se, de um lado, a uma realidade epidemiológica, ao estado geral de saúde de uma população; de outro lado, trata-se de um conceito que vincula e se associa à atividade estatal para a Administração da saúde. Saúde pública também serve para designar uma área de atividade humana caracterizada pela especialização profissional e institucional, um campo do conhecimento humano organizado em uma disciplina com conhecimentos específicos, regras, manuais e revistas especializados”.

Daí verificar-se a *saúde pública* como campo de conhecimento multidisciplinar que envolve, também e especialmente, questões de medicalização e politização de fatos sociais. Abrangência que permite a identificação dos problemas de saúde pública a serem abordados na seara jurídica, seja no âmbito do direito administrativo, como citado acima, cível ou penal e que acabam dando lugar à execução de políticas públicas. Nesses termos, deve-se entender como problema de saúde pública as questões relacionadas ao bem-estar da coletividade que reclamam intervenção coletiva, a qual significa aqui a intervenção do Estado para proteger a saúde coletiva<sup>803</sup> (AITH, 2007, p. 58-59).

A proteção da saúde depende, então, de ações e regulamentações estatais. O que indica, no contexto, a correspondência do direito sanitário a campo de “políticas públicas” e, assim, a categorias jurídicas ligadas ao exercício da autoridade para atender o “interesse público” (CASTRO, 2003, p. 366).

Embora essas interpretações comprovem o alargamento da significação do *coletivo* da saúde em virtude da modificação da conjuntura histórica e, assim, jurídico-política, percebe-se em tais abordagens a *vinculação* da dimensão coletiva ao público-estatal: sob a denominação *saúde pública*<sup>804</sup> vincula-se principalmente às atividades estatais de proteção e prevenção e, assim, de forma especial, ao poder de polícia; com a designação de *serviços públicos* conecta-se, particularmente, às ações estatais de prestações materiais para promoção e recuperação da saúde<sup>805</sup>. Em ambos os casos – *saúde pública* e *serviços públicos* – a importância das políticas públicas<sup>806</sup> é evidente.

---

<sup>803</sup> Esse sentido pode ser explicitamente verificado na passagem em que o autor, ao referir-se a problemas historicamente atrelados ao domínio da saúde pública, como as epidemias e as questões de limpeza e higiene de lugares públicos, afirma serem elas “questões facilmente relacionadas com o campo da saúde pública, pois são fenômenos sanitários coletivos que demandam e justificam a intervenção dos governantes e de seus técnicos, visando a proteção da saúde coletiva” (AITH, 2007, p. 58).

<sup>804</sup> Mesmo que diante de conceito ampliado de *saúde pública*, nos termos observados linhas acima.

<sup>805</sup> Importante observar que a divisão entre saúde pública e serviços de saúde é, como várias outras divisões apresentadas na tese, recurso metodológico do qual se lança mão para evidenciar os tipos de ação estatal. Na prática, tratam-se de realidades imbricadas e altamente complexas. Algo que reflete a multifuncionalidade do direito à saúde que se manifesta como direito-dever, como já examinada no tópico 2.1.

<sup>806</sup> Essa abrangência pode ser constatada na asseveração de Dallari (2003, p. 47): “Atualmente a humanidade não hesita em afirmar – ainda que o

O quadro apresentado possibilita a identificação de *uma das perspectivas* atuais que tem influenciado o sentido atribuído ao aspecto *coletivo* do direito à saúde: aquela que enfatiza o(s) dever(es) do Estado para garantir o direito de todos à saúde<sup>807</sup>. Realidade que condiz com a função prestacional em sentido amplo do direito à saúde, descrita no tópico 2.1, que conecta o aspecto coletivo<sup>808</sup> à *obrigação estatal* e acaba, assim, delimitando seu espaço principal ao Estado.

---

matizando – que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado, ora para preservar as liberdades fundamentais, principalmente por meio da atuação do Poder Judiciário, ora para eliminar progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas. Trata-se, então, da reivindicação do direito à saúde. Por outro lado, tendo o Estado assumido inicialmente a prestação de cuidados de saúde como prestação de um serviço público, grande quantidade de leis e textos legais rege a execução desse serviço.”.

Contudo, como já se viu, a saúde não tem apenas aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação dela para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garanti-la ao povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. Apesar dessa observação, reforça-se que o presente tópico tem como foco a dimensão coletiva do direito à saúde.

<sup>807</sup> No sentido da prevenção, promoção, proteção e recuperação, como já observado.

<sup>808</sup> Tendo em vista os deveres estatais e a própria ressalva feita acerca da tentativa de dividir as ações do Estado aos âmbitos da *saúde pública* e dos *serviços públicos*, ganha relevo a observação de Sarlet e Figueiredo (2008, p. 6): “Para além da condição de direito fundamental, a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do art. 196 da CF: [...]. Trata-se, portanto, de típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental. Por esta mesma razão, [...], o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado, podendo-se desde logo identificar – sem prejuízo de outras possíveis concretizações – uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas adminis-

Essa perspectiva remete, não se esquece, aos deveres dos cidadãos de também agirem de forma a proteger e garantir tal direito. Constatação manifesta na observação de que os “deveres fundamentais conectam-se ao princípio *da solidariedade*, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos”<sup>809</sup> (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7, grifo nosso).

Sob a influência da Declaração da Conferência de Alma-Ata, ficou em evidência o *dever e o direito* de todos os membros da sociedade em *participar* na promoção da saúde. E nesse sentido compete ao Estado garantir o direito de participação de tais membros no planejamento e execução das ações de saúde que a eles se destinam. Previsão que salienta o comprometimento do Estado com a realização do direito à saúde para todos já que ele deve viabilizar tal participação (DALLARI, 1984, p. 70).

O panorama ora descrito reforça a análise já elaborada nos capítulos 1 e 2 acerca da relação entre o dever prestacional do Estado, principalmente em sentido estrito, e as políticas de saúde. Atividades conectadas à diretriz participativa e que estão claramente voltadas para o exercício de tal direito. Esse quadro demonstra a importância do direito administrativo no âmbito do direito à saúde e, dessa forma, para o direito sanitário. Sob o foco desse ramo do direito mencionou-se, logo acima, a relação entre saúde pública e os princípios do direito administrativo.

No entanto, não basta a referência aos termos e princípios adotados pelo direito administrativo. A constante relação com a *dimensão coletiva* do direito à saúde, principalmente por meio das noções de interesse público, política pública e serviço público, exige esclarecimentos sobre a acepção do termo “público” no âmbito administrativista.

---

trativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional *lato sensu*, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública.”.

<sup>809</sup>

Como já citado no tópico 2.1: é preciso “reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2002, p. 5).

Bucci (2006, p. 269) assevera que uma política é pública por contemplar os interesses públicos que, para ela, consistem nos interesses da coletividade, como realização desejada pela sociedade. A autora menciona, ainda, que o caráter público também deve ser “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”<sup>810</sup>.

Na abordagem do princípio da supremacia do interesse público, a primeira anotação feita por Carvalho Filho (2010, p. 35) é a de que o Estado desenvolve atividades administrativas para o benefício da coletividade. Daí a identificação do interesse público ao da coletividade, ao grupo social enquanto um todo, visto que é este e não o indivíduo o destinatário da atividade administrativa, na qual o indivíduo é visto como integrante da sociedade.

Mello (2010, p. 72; 59; 61, grifo nosso) destaca que cabe à função administrativa “satisfazer o interesse público, ou seja, interesses de outrem: a coletividade”. No entanto, ele tece algumas explicações sobre o conceito jurídico de interesses públicos, no sentido de prevenir contra interpretações errôneas acerca destes como interesses coletivos que não têm relação com os individuais e que poderiam, por isso, ser concebidos como algo existente por si mesmo e com autonomia independentemente de qualquer interesse das partes. O interesse público, como interesse do todo, é, segundo o autor, “‘função’ qualificada dos interesses das partes”. Ele é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”. Consistem, assim, na faceta *coletiva* dos interesses individuais.

O autor destaca que os esclarecimentos são importantes por dois motivos. O primeiro diz respeito à tutela de tais interesses. Serve para desmistificar a ideia de que os interesses públicos não sejam capazes de ser defendidos por particulares, com exceção em casos de ação popular ou civil pública. O segundo procura evitar outro erro: “o de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público”<sup>811</sup> (MELLO, 2010, p. 61-62).

---

<sup>810</sup> A abordagem condiz com as propostas *pós-modernas* de participação na administração pública relatadas no tópico 3.1.

<sup>811</sup> Nesse sentido, o autor afirma que, “outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado,

No âmbito do direito penal, a análise da dimensão coletiva do direito à saúde recebe tratamento peculiar. Ao dispor sobre a proteção do bem jurídico saúde, o Código Penal, mantendo a dicotomia acima referenciada, estabeleceu Título para as condutas que atingem a saúde individual, denominado *Dos crimes contra a pessoa*, e outro para aquelas que atingem a saúde coletiva, intitulado de *Dos crimes contra a incolumidade pública*<sup>812</sup>, que têm como característica geral criarem situação de perigo comum, dentre os quais se encontra a espécie dos crimes contra a saúde pública<sup>813</sup>. Na identificação do sujeito passivo desses crimes se encontra referência à dimensão coletiva do direito à saúde: a coletividade é o sujeito passivo. O que indica a atuação do agente contra número indeterminado de pessoas e a percepção de que “*há certos bens jurídicos que pertencem à coletividade*” (CASTILHO, 2003, p. 108-116, grifo nosso).

Os diferentes tratamentos dispensados ao significado do *coletivo* do direito à saúde, sejam no âmbito do direito sanitário, do direito administrativo ou mesmo do direito penal, desenrolam-se em contexto mais

---

engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno)” (MELLO, 2010, p. 65).

<sup>812</sup> O autor destaca que apesar da divisão, os penalistas não problematizam a conceituação destes dois aspectos do direito à saúde, o individual e o coletivo (CASTILHO, 2003, p. 108).

<sup>813</sup> “No Título VIII – Dos crimes contra a incolumidade pública, Capítulo III – Dos crimes contra a saúde pública constam: art. 267: Epidemia; art. 268: Infração de medida sanitária preventiva; art. 269: Omissão de notificação de doença; art. 270: Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal; art. 271: Corrupção ou poluição de água potável; art. 272: Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios; art. 273: falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; art. 274: Emprego de processo proibido ou de substância não permitida; art. 275: Invólucro ou recipiente com falsa indicação; art. 276: Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores; art. 277: Substância destinada à falsificação; art. 278: Outras substâncias nocivas à saúde pública; art. 279: Substância avariada (revogado); art. 280: Medicamento em desacordo com receita médica; 281: Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes (regovado) – tema da Lei 11.343/06 que Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; art. 282: Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica; art. 283: Charlatanismo; art. 284: Curandeirismo.” (BRASIL, 1940)



amplo de reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental de segunda geração<sup>814</sup>, cujas teorias se desenvolvem, principalmente, na seara dos direitos fundamentais. Daí a explicação de as diferentes abordagens ora relatadas seguirem caminho similar ao enfatizarem os deveres do Estado, especialmente no âmbito prestacional, de atuar por meio de atividades administrativas que confluem em políticas públicas e que se enquadram, particularmente, na dimensão objetiva do direito à saúde<sup>815</sup>, conforme já explicado nos tópicos 1.2 e 2.1.

A consideração de Schwartz (2001, p. 52, 5; 34-353) acerca do aspecto *coletivo* do direito à saúde segue caminho similar àquele acima descrito no contexto do direito sanitário, que reforça o dever estatal. O autor parte do disposto no artigo 6º da Constituição e, assim, da sua classificação como direito social de segunda geração, dependente de prestações positivas do Estado para se concretizar, para afirmar que é ‘visão coletivizante da realidade social’ de acordo com a qual passam a existir direitos a prestações independentes das possibilidades individuais<sup>816</sup>. Assim, ele destaca que a faceta coletiva do direito à saúde depende da intervenção do Estado para promover a saúde por meio de políticas e serviços.

Dallari (1984, p. 69), em tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo em 1984, já havia exposto que, como direito social, a saúde “deve ser garantida para todos, isto é, por uma questão de justiça social o Estado deve garantir para todo o seu povo o direito de acesso aos cuidados de saúde como também o direito de participar nas decisões em matéria de saúde”.

Nesses termos, o direito social à saúde, como questão de justiça social, tem em vista, diretamente, “um bem comum” e, somente de forma indireta, o bem de um ou outro particular. Assim, como justiça social, são as “ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto” (LIMA, 2010, p. 247).

Em obra sobre a teoria dos direitos fundamentais, Alexy (2008, p. 499) afirma que, “quando se fala em direitos fundamentais sociais,

---

<sup>814</sup> Conforme contextualização elaborada especialmente no título 1.2 e no capítulo 2.1.

<sup>815</sup> De acordo com Andrade (2009, p. 150), “a concepção dos deveres fundamentais é geralmente apresentada em conexão com a dimensão objectiva dos direitos fundamentais”.

<sup>816</sup> O autor faz referência à obra de Bolson de Moraes. E além da abordagem acima referenciada, Schwartz (2001, p. 53, 54) faz breve análise das diferentes óticas pelas quais se pode compreender o direito à saúde, tendo em vista questões de titularidade e divisibilidade do bem tutelado.

como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, [...] quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.

Asseveração similar se constata, também, na descrição elaborada em Manual publicado pelo Ministério da Saúde:

[...] como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. (BRASIL, 2006, p. 51)

A noção da saúde como direito social comporta, em si, manifestação do *coletivo* enfatizada nos deveres estatais que, de acordo com o exposto acima e nos capítulos 1 e 2, se conecta à ideia de justiça social e distributiva. E, sob essa perspectiva, o direito à saúde insere-se no quadro abaixo descrito:

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, inevitavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. (BRASIL, 2010, p. 12)

No artigo *As Ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS*, Borges e Ugá (2009, p. 22; 24; 27) trilham veredas que as direcionam a considerar, na esteira dos posicionamentos supramencionados, a saúde como bem comum provido pelo Estado por meio de recursos públicos e em benefício de toda a sociedade ou coletividade.

As interpretações ora relacionadas reforçam a dimensão objetiva de tal direito. Mas elas não são as únicas abordagens acerca do aspecto

coletivo do direito à saúde enquanto direito social. As teorias constitucionais sobre os direitos fundamentais também se destacam no tratamento da temática. Embora destaquem a dimensão objetiva do direito à saúde, sua ênfase volta-se para outra vertente.

No tratamento do direito social à saúde na seara das teorias dos direitos fundamentais é possível identificar a terceira perspectiva citada logo no início do trabalho: aquela que enfatiza o *direito subjetivo de todos à saúde*. Percebe-se, então, que se parte de aspecto *coletivo* – saúde de direito de todos – para destacar a perspectiva individual que realça o direito subjetivo de cada um dos cidadãos. Não desconsidera o lado *coletivo*, mas dele ressalta e dá preferência ao individual.

Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 9-10) sustentam, “em linha de princípio”, a titularidade universal do direito à saúde e do SUS tendo em vista não apenas os dispositivos que tratam da saúde e do seu sistema, mas também o *caput* do artigo 5º e sua vinculação com outros direitos, dentre os quais: direito à vida e à integridade física e corporal. Sob essa direção eles abordam o direito à saúde como direito coletivo e, assim, ligado a questões de saúde pública e coletiva. Mas destacam que essa característica de direito coletivo ou mesmo difuso jamais afastará a titularidade individual.

A proeminência da dimensão individual, para além da origem moderna do individualismo, decorre como característica do momento histórico, político e jurídico em que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como o centro *da titularidade de direitos*”<sup>817</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 416, grifo nosso).

Assim, no contexto do constitucionalismo, o titular de tais direitos é aquele que se encontra na posição de sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, e que é, por excelência, a pessoa individualmente considerada<sup>818</sup>. Essas disposições tendem a destacar a finalidade precípua do

---

<sup>817</sup> De acordo com disposto no tópico 1.2.

<sup>818</sup> Essa titularidade individual se manifesta fortemente, segundo o autor, no direito ao mínimo existencial. Ele afirma que “os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa

direito à saúde: a proteção individual<sup>819</sup>. Não são elaboradas com intuito de excluir a dimensão *coletiva*<sup>820</sup>. Procura-se, em verdade, evitar a atribuição de titularidade exclusiva ou eminentemente coletiva de tal direito<sup>821</sup> (SARLET, 2010, p. 214; 216-217; 154).

Alexy (2008, p. 498) considera ainda que:

Levar a sério os direitos fundamentais como direitos individuais exclui toda forma de argumentação a partir de uma coletividade. O argumento da coletividade não pode, portanto, afetar a tese segun-

---

humana individualmente considerada” (SARLET, 2010, p. 214). Debate já levantado no capítulo 1.

<sup>819</sup> Não se esqueça da complexidade e particularidades que envolve a subjetivação de direitos sociais prestacionais, que envolvem os debates acerca dos direitos originários e/ou derivados a prestações, tema levantado no tópico 2.1. Nesse sentido, lembra-se que “direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos e ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” (ALEXY, 2008, p. 444). Assim, “pode-se observar que os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, a depender do seu objeto, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependentes da superveniência de legislação infraconstitucional reguladora, cuja hipótese mais eloquente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária (nos campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.)” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7).

<sup>820</sup> Ledur (2009, p. 84-88) discorre sobre “2.3. *Direitos sociais em relação aos direitos coletivos*”.

<sup>821</sup> Há posicionamentos divergentes desse. Um exemplo é afirmação de Appio citado na página seguinte. Sarlet (2010, p. 218, grifo nosso) faz análise crítica de interpretações que seguem vertente deste autor. Nesse sentido ele assevera que: “Outra explicação para a atribuição de titularidade coletiva aos direitos sociais (acompanhada da negação da titularidade individual, pelo menos no campo dos direitos sociais mais básicos, como saúde, moradia e educação, por exemplo) é a confusão entre as políticas públicas e os direitos sociais como direitos fundamentais. [...]. Políticas Públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais/coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais.”

do a qual o indivíduo, quando protegido pelos direitos fundamentais, não é protegido, em princípio, por meras normas objetivas, mas por direitos subjetivos.

Desses discursos, no seio das teorias constitucionais de direitos fundamentais, podem ser extraídas duas importantes observações que envolvem o *aspecto coletivo do direito à saúde*. Elabora-se a primeira na esteira das reflexões tecidas desde o início do trabalho, tomando o aspecto *coletivo* sob uma perspectiva mais abrangente de seu significado, ou seja, abordando a *coletividade* como termo que se refere à noção de “todos”, de sociedade ou ainda de interesse geral da sociedade. Ou, em outros termos, referindo-se ao direito “à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal” (SARLET, 2010, p. 227). Já a segunda terá em vista a atribuição da titularidade do direito à saúde.

Com base na primeira delimitação, aponta-se a preocupação que existe em afastar interpretações que considerem os direitos sociais como equivalentes aos coletivos no sentido de não terem dimensão individual e de, por isso, negar-lhes a titularidade individual. Intenta-se afastar, então, afirmações no sentido de o direito à saúde não ser direito subjetivo individual<sup>822</sup> (SARLET, 2010, p. 353; 216).

---

<sup>822</sup> O autor se manifesta nos seguintes termos: “Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que notoriamente se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – estratégia para impedir (o que é inaceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que acaba sendo menos nefasto, e, a depender dos parâmetros e do contexto, até mesmo adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social. *Importa destacar, ainda neste plano preliminar, que não se está aqui a afastar a tese de uma opção preferencial (em sendo possível e adequado) pela tutela judicial coletiva*, desde que não impeditiva da tutela individualizada, ainda mais quando não se trata, neste caso, de afastar a titularidade individual dos direitos sociais, mas sim, de otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas [...]” (SARLET, 2010, p. 216, grifo nosso).

Análises guiadas sob esse viés pretendem evitar posicionamentos como o de Eduardo Appio (2006, grifo nosso), que apesar de não utilizar o termo *coletivo* elabora exame que considera tal dimensão, ao menos na perspectiva obrigacional-estatal. Ao se dedicar à investigação do tema da “judicialização” das políticas públicas, o autor afirma que “o *direito à saúde* não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico da cada cidadão brasileiro, mas sim é um *dever objetivo do Estado* o qual deve implementar políticas públicas para o setor, *assegurando a todos o acesso universal e igualitário*”.

Gama critica as análises que superdimensionam a dimensão coletiva:

O argumento segundo o qual deve prevalecer o interesse coletivo sobre o privado é em si contraditório, pois sabemos que não há como se conceber direitos coletivos sem direitos individuais. Ao assumir uma postura de “proteção do direito da coletividade” para negar prestações individuais, o Judiciário acaba por negar qualquer direito a essa mesma coletividade, uma vez que ela é composta por indivíduos, e a cada vez que uma pessoa pleiteia medida assecuratória do seu direito legítimo e encontra uma resposta negativa, do órgão competente, é a coletividade como um todo que está sendo atingida. *É nesse sentido que não se pode afirmar que existe um direito coletivo à saúde se não há um direito individual à saúde*. Ao contrário. A garantia individual do direito à saúde, em cada caso, é que garante a plausibilidade da afirmação de um direito coletivo à saúde. (GAMA, 2007, p. 75-76<sup>823</sup>, grifo nosso)

A segunda anotação a ser retirada do contexto de tais teorias insere-se em campo de análise mais restrito sobre o aspecto *coletivo* do direito à saúde e diz respeito à atribuição da titularidade do mesmo para

823

A autora afirma que, “se há um direito coletivo à saúde, inevitavelmente há um direito subjetivo à saúde, a ser reconhecido e garantido caso a caso. É garantindo o direito à saúde individualmente que o judiciário acaba por forçar a atuação do legislativo e do executivo para a elaboração das políticas sociais adequadas” (GAMA, 2007, p. 95). E nesse sentido, as considerações da autora sobre a coletividade se aproximam daquelas tecidas por Mello (2010).

grupos ou entes coletivos no sentido de garantir-lhos como direito subjetivo. A importância de reconhecer um direito como subjetivo consiste na possibilidade de, desse reconhecimento, ele ser exigido judicial ou administrativamente, conforme já mencionado nos tópicos 1.2 e 2.1<sup>824</sup>.

Desse campo de exame, aponta-se que a presunção em favor da dimensão subjetiva-individual não afasta a possibilidade de atribuição da titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos (SARLET, 2010, p. 155; 154). O que indica “a possibilidade de exigibilidade do direito à saúde, em nível administrativo ou judicial, mas especialmente na condição de direito subjetivo oponível, individual ou coletivamente, ao Estado e aos particulares”. Tema que causa polêmica em torno dos limites e da própria existência dessa “possibilidade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 18).

Na publicação do Ministério da Saúde, coordenada por Dallari e redigida por Aith<sup>825</sup>, consta a mesma lição acerca da configuração do direito à saúde como “direito subjetivo público”. O que significa sua oponibilidade ao Estado para que um cidadão ou uma “coletividade” exijam judicialmente fornecimento de alguma prestação de saúde como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou tratamento cirúrgico. Dessa forma, pela qualidade de direito subjetivo, o direito à saúde

[...] assegura a qualquer cidadão ou coletividade o direito de exigir que o Estado adote medidas específicas em benefício da saúde ou que este se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado). (BRASIL, 2006, p. 51)

O reconhecimento da titularidade individual e coletiva confirma a condição do direito à saúde tanto como direito individual quanto coletivo (de grupos). Observando essa identificação, Rios ([s.d.]) prefere fazer a seguinte divisão: a) direito individual; e b) direito transindividual, que comporta duas subespécies: direito coletivo e direito difuso.

No contexto das demarcações logo acima dispostas verifica-se que as duas subespécies foram definidas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos:

---

<sup>824</sup> Nos tópicos mencionados, referiu-se apenas à exigibilidade judicial.

<sup>825</sup> Publicação citada anteriormente para abordar o direito social à saúde.

**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

**Parágrafo único.** A *defesa coletiva* será exercida quando se tratar de:

I – *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, *os transindividuais*, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, *os transindividuais*, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 737<sup>826</sup>, grifo nosso)

Tanto no caso do direito difuso quanto no do direito coletivo, a ideia de coletividade está vinculada a um grupo, seja possível ou não identificar os seus membros. Assim, o direito difuso possibilita a *proteção de todo o grupo*, que mesmo formado por titulares não identificados, forma-se em virtude de circunstâncias de fato. Já com o direito coletivo, protege-se *toda uma classe ou categoria representada por determinado grupo* que se forma, com determinação relativa, da relação jurídica-base (RIOS, [s.d.]), *preexistente* à lesão ou ameaça de lesão ou direito do grupo ou classe de pessoas (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 742).

Embora a definição dessas categorias tenha sido introduzida por meio de tal normativa – a Lei 8.078, publicada em 1990<sup>827</sup> –, suas raízes

<sup>826</sup> A questão relativa ao tratamento dos termos *interesses e direitos* como sinônimos não será examinada no presente trabalho. No entanto, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira (2011, p. 214-219) abordou o tema em sua tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina sob o título *Processos Coletivos para a tutela do risco ecológico abusivo: a construção de um patrimônio comum*.

<sup>827</sup> Para os autores, o Código de Defesa do Consumidor veio ampliar o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, “ao determinar sua aplicação a



podem ser encontradas: na Lei Ambiental 6.938, de 1981; na reforma de 1977 à Lei da Ação Popular, que considerou os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico como “patrimônio público”; na Lei 7.347, de 1985, – Lei da Ação Civil Pública – que já havia disposto sobre a tutela de bens de dimensão indivisível e, consequentemente, de interesses difusos ao cuidar do ambiente e do consumidor; e na Constituição de 88, por meio da qual o tratamento do tema dos interesses difusos e coletivos foi elevado ao nível constitucional (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 727).

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao ampliar a incidência da Lei da Ação Civil Pública a todos os interesses difusos e coletivos além de ter criado a categoria dos direitos homogêneos individuais, que consistem em direitos individuais por natureza e com tratamento a título pessoal, mas que podem, em razão da origem comum, ser conduzidos coletivamente (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 727).

Apesar da importância das anotações sobre a titularidade do direito à saúde, principalmente em relação a questões relacionadas à exigibilidade judicial, Sarlet (2010, p. 214; 217-218) alerta que a convencional distinção entre direitos individuais e sociais, econômicos e culturais, com a ampliação proveniente da inserção dos direitos e deveres ambientais, não se dá mais em razão da titularidade dos direitos, no sentido de saber quem é o sujeito de um ou outro direito fundamental, mas sim em função do objeto do direito em cada caso<sup>828</sup>. Diante disso, o fator distin-

---

todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos” (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 727).

<sup>828</sup> De acordo com o autor, “nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões e gerações – [...] – foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, direitos sociais (especialmente em se tratando dos direitos sociais básicos, como no caso da saúde, educação, previdência e assistência social e moradia, assim como no caso dos direitos dos trabalhadores a uma renda mínima, jornada de trabalho limitada, etc.) surgiram, embora resultado – como também no caso de boa parte dos direitos civis e políticos – a partir de processos de reivindicação gestados no âmbito dos movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada.” (SARLET, 2010, p. 215).

tivo do direito à saúde como direito social em contraposição aos civis e políticos não consiste na atribuição da titularidade coletiva. Liga-se mais àquelas disposições de justiça social.

O cenário examinado até o momento proporciona verificar que os posicionamentos atuais sobre o tema têm privilegiado duas das perspectivas indicadas no início do tópico como influenciadoras no estabelecimento do significado *da faceta coletiva da saúde*.

Por um lado, ao colocar em destaque o âmbito administrativo e, assim, os deveres estatais de evitar danos, organizar e implementar políticas e serviços de saúde, enfatiza-se a perspectiva que se concentra no dever estatal de garantir/concretizar o direito de todos à saúde, seja por meio do poder normativo e de polícia do Estado ou de suas políticas prestacionais. Perspectiva que cobra, também, o dever dos cidadãos e da sociedade para a proteção de tal direito e que evidencia, sob esse aspecto, posição de solidariedade social, como já mencionado.

Por outro lado, com realce ao direito subjetivo na seara dos direitos fundamentais, evidencia-se a vertente que enfatiza o direito subjetivo de todos à saúde. Abordagem no seio da qual se reconheceu a titularidade desse direito a certos grupos, nos termos das definições acima descritas sobre direitos difusos e coletivos.

Percebe-se que a análise que dá ênfase à saúde como direito de todos não recebe, na atualidade, a mesma importância que as outras duas. Ela perpassa por tais perspectivas. É tomada como base, como ponto de partida. No entanto, não foi tratada, ainda, de forma autônoma, desvinculada dos dois prismas ora mencionados. Essa realidade tem se refletido no direito de participar das decisões sobre a saúde que acaba, também, não recebendo tratamento próprio, restando aprisionado às estruturas representativas próprias desse jogo e disputa entre as disposições daquelas perspectivas e, assim, entre o dever do Estado x direito do indivíduo e na dependência do voluntarismo de ambos para ser exercido<sup>829</sup>.

---

Dessa forma, no que diz respeito aos direitos sociais, eles receberam tal designação ou em função de serem direitos prestacionais – e por isso exigirem do Estado ações para a realização da justiça social por meio de compensação de desigualdades de fato e para garantir o acesso a alguns bens e serviços a parcelas socialmente vulneráveis da população – ou, ainda, por estarem ligados a determinada classe social como, por exemplo, o direito do trabalho, que é área na qual as relações comportam muitas assimetrias sociais e econômicas (SARLET, 2010, p. 218).

Apesar de no presente tópico se ter estruturado a análise sobre a *dimensão coletiva do direito à saúde* em função, especialmente, de alguns ramos do direito, não se pode olvidar que o direito à saúde envolve complexo de deveres e direitos, tanto positivos quanto negativos (SARLET, 2010, p. 295; SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 10) e que se relaciona, de forma íntima, a interpretações e categorias de variados ramos jurídicos e mesmo não jurídicos.

Assim, a análise do direito à saúde implica todo o conjunto de teorias ora mencionadas, não sendo possível analisá-lo de forma compartimentada em função de cada ramo do direito. Recordar-se, inclusive, que a complexidade do próprio conceito de saúde e o estudo do direito sanitário envolvem diversas óticas (DALLARI, 2003, p. 54).

Entretanto, a separação então elaborada ajuda a visualizar, no quadro atual, a importância da seara administrativista, com referência ao Poder de Polícia, às políticas e serviços públicos, *no âmbito do exercício do direito à saúde*. Considerando-se aqui a íntima relação do direito sanitário com ramo administrativo e a relevância das abordagens no âmbito dos direitos fundamentais *para a tutela judicial de tal direito*.

A complexidade do direito à saúde diz respeito, também, à complementaridade entre o seu exercício e a tutela. Verifica-se que na oportunidade de sua exigibilidade judicial, seja para proteger direitos individuais ou de grupos de indivíduos, resta em evidência a disputa entre *a perspectiva* que enfatiza os deveres do Estado para garantir o direito de todos e *a perspectiva* que realça a subjetivação do direito de todos. Cenário que coloca em pauta, mais uma vez, a dicotomia Estado x indivíduo e o voluntarismo desses dois sujeitos nos campos de prática e proteção desse direito.

Nesse contexto, a complementaridade entre o exercício e a tutela pode se transformar em conflito que se manifesta sob diversas conformações dicotômicas, dentre as quais: direito à saúde coletivo x direito à saúde individual; direito social x direito individual; justiça distributiva x justiça retributiva; dimensão objetiva x dimensão subjetiva; política pública x direito subjetivo; Estado x indivíduo ou grupo de indivíduos.

Da explicação do Ministro Celso de Mello acerca do seu voto no Agravo Regimental na suspensão de Limiar 47 – Pernambuco, julgado pelo STF em 2010, é possível verificar exemplo de como se exteriorizam as dicotomias supracitadas que, apesar de terem sido separadas em seis pares sob diferentes denominações estão todas conectadas e envolvem, de forma geral, o mesmo grande debate. Nas palavras do Ministro:

**Salientei, então, que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘*caput*’ e art. 196) – ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (BRASIL, 2010, p. 66, grifos do original)**

Na análise do Ministro a dimensão subjetiva do direito à saúde predomina sobre o *interesse estatal*. Ele, nessa passagem, não considera o interesse da coletividade. Refere-se a pontos relacionados a orçamento e recursos públicos como se estes dissessem respeito apenas aos entes estatais e não à finalidade coletiva a ser atingida mediante a sua aplicação. Argumento que, aos olhos da autora, consiste em desvio da própria interpretação do direito social à saúde e que, se observado sob os ensinamentos do administrativista Mello acima citados, pode ser considerado como o erro de tomar o interesse público por interesse do Estado. Dessa forma, a explicação do Ministro evidencia a dicotomia: Estado x indivíduo (grupo de indivíduos).

Outra abordagem que exemplifica o tratamento dicotômico ora mencionado é a de Gama (2007, p. 76). Ao analisar criticamente a decisão no Agravo de Instrumento 130.817-5/0, de 2000<sup>830</sup>, ela afirma que a decisão do juiz “desviou o curso da argumentação jurídica em questão” ao deixar de dar centralidade ao requerimento do impetrante para se ocupar com questões econômicas e políticas “relacionadas a toda a coletividade” e que deveriam ser tratadas em foro próprio, que é o parlamento<sup>831</sup>.

---

<sup>830</sup> TJSP: Agravo de Instrumento 130.817-5/0. Primeira Câmara de direito público. Rel. Des. Carlos de Carvalho. Julgado em 21.03.2000: “Tutela antecipada. Delegado de polícia que pleiteia o fornecimento pela Fazenda do Estado de medicamento. Prevalência do interesse coletivo face ao individual. Indeferimento. Decisão mantida. Agravo improvido” (GAMA, 2007, p. 72).

<sup>831</sup> Não se esquece que esta é uma das grandes questões que envolve a “judicialização” da saúde: a interferência do Judiciário no âmbito de competências que caberiam ao legislativo e ao executivo, conforme visto no tópico 1.2. Este seria um dos desafios ou obstáculos impostos pela atuação do Judiciário: a questão da sua legitimidade para dispor e decidir sobre os

Os tipos de argumentações acima referidas não constituem casos isolados. Na pesquisa de Marques (2005, p. 14; 64), intitulada *Relação do sistema judiciário e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo*, a análise de sentenças do período de agosto a dezembro de 2004, compreendendo 71,4% das varas da Fazenda Pública daquele estado, possibilitou que a autora identificasse dentre as ideias centrais dos discursos dos juízes a argumentação de que “o direito à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos” e de que “a regra inscrita no artigo 196 da Constituição Federal é auto-aplicável, não depende de regulamentação para ser exercida”.

São discursos judiciais constantes em universo composto de 96,8% de processos ajuizados por autores individuais, para defesa de seus interesses, com base em discursos do tipo, por exemplo: a) o risco de vida e saúde do autor; b) “o direito do autor à saúde e à assistência farmacêutica integral é direito fundamental, garantido por Lei”; c) “os direitos à saúde e à assistência farmacêutica não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos”; d) “os direitos fundamentais à saúde e à assistência farmacêutica não podem ser condicionados por políticas públicas de saúde ou por questões orçamentárias.” (MARQUES, 2005, p. 25; 38).

Ao examinar a problemática que envolve o direito subjetivo ao fornecimento de medicamentos e tratamentos não incluídos nas políticas do SUS, partindo do posicionamento de alguns autores<sup>832</sup> sobre a obrigação do Estado no fornecimento de tais prestações, Figueiredo (2007, p. 212) tece anotações que valem para as descrições acima efetuadas:

Apesar da clara intenção de resguardar ampla efetividade ao direito à saúde, a orientação adotada

---

recursos públicos. “Na verdade, a competência para fazer regras sobre distribuição e alocação de recursos, como pressupõe a justiça distributiva, é do legislativo, cabendo sua execução ao Executivo” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 26). Além disso, há “falta de coordenação entre as esferas de governo, resultando em decisões judiciais sobre alocação de recursos e políticas públicas sem diálogo com o órgão responsável pelo assunto – no caso da saúde, secretarias de saúde – [...]” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 26-27). Tema que foi abordado em artigo anterior, publicado pela autora em parceria com Sérgio Cademartori (CANUT; CADEMARTORI, 2011).

<sup>832</sup> A autora cita Slaibi, Maranhão e Oliveira (FIGUEIREDO, 2007, p. 210-211).

pelos autores indicados, com todas as vênias, parece desconsiderar a premissa de que os direitos não são absolutos, ainda que se trate de direito fundamental. Ao mesmo tempo, tais posicionamentos deixam de sopesar a circunstância de que o Estado deve atender a uma série de outras demandas, inclusive decorrentes da concretização de outros direitos fundamentais e, mesmo no caso do direito à saúde, sempre haverá a escolha quanto ao tratamento disponibilizado, pois o dever de proteção a esse direito é coletivamente prestado. Assim, o direito de um paciente individualmente considerado não pode, *a priori* e em termos abstratos, ser sempre preferente ao direito de outro(s) cidadão(s), igualmente tutelado(s) pelo direito à saúde ou por políticas sociais diversas, mas também essenciais.<sup>833</sup>

Nesse sentido, visto que a previsão do direito à saúde insere-se em texto constitucional que define bens, fins e valores, seu exercício não pode se dar de forma irrestrita, ilimitada e irracional pelo indivíduo contra o Estado e sem levar em consideração a comunidade (LIMA, 2010, p. 242).

Em verdade, das decisões que seguem a direção supramencionada, no sentido de favorecimento do indivíduo em conflitos que envolvem as dicotomias ora relacionadas, verifica-se que a forma de agir do Judiciário, preso aos elementos “puramente” jurídicos que partem de visão legalista, afasta-o do reconhecimento dos elementos que constam nas políticas de saúde. O que leva a decisões judiciais contrárias às tomadas de decisões coletivas do sistema político (MARQUES, 2005, p. 126-127).

---

<sup>833</sup> Nesse sentido, “imagine-se, por exemplo, que um indivíduo ajuíze uma ação contra a União exigindo tratamento para transplante de fígado e o juiz responsável defira o pedido e determine o tratamento imediatamente. Este indivíduo irá ‘passar à frente’ na fila de transplantes de outros indivíduos na mesma situação de risco; em outras palavras, a decisão judicial não afetou apenas as partes envolvidas no processo – União e indivíduo que solicitou o transplante, mas todos os indivíduos que necessitam de transplante do órgão em questão, que podem inclusive residir em outro Estado. O mesmo ocorre quando o indivíduo pleiteia judicialmente medicamentos de custo elevado que não estão padronizados pelo Estado, pois, o gasto com aquele indivíduo pode privar a coletividade de outros tratamentos de assistência à saúde.” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 25-26).

Tem-se, então, no caso de tais decisões judiciais, visão que desconsidera ou não atribui o devido peso ao fato de que a sentença a favor de um indivíduo pode afetar todo o orçamento programado para o setor saúde de um município ou estado, por exemplo. E que, com isso, pode comprometer verbas anteriormente destinadas para alguma política ou ação coletiva em nome da demanda individual. Ações que desconsideram a complexidade do SUS e das pactuações voltadas para sua operacionalização<sup>834</sup> e que são prejudiciais à concretização do próprio Sistema, que é um bem de todos, da Sociedade.

Apesar de, em geral, ainda faltar ao Judiciário o reconhecimento das políticas de saúde e do próprio funcionamento do SUS, não se desconsidera, por outro lado, a responsabilidade e dificuldade que envolve o exercício de sua função, a qual exige serem tomadas decisões acerca de demandas que envolvam a saúde e conseqüentemente a vida de pessoas em casos considerados de risco.

Nos tópicos 1.2 e 2.3 discorreu-se sobre a dificuldade de lidar com as políticas públicas no âmbito jurídico. Isso porque há a problemática de se identificar a forma por meio da qual as políticas se exteriorizam e se ela é reconhecível pelo sistema jurídico (BUCCI, 2006, p. 256).

Há de se destacar, ainda, que boa parte das dificuldades de interação entre o sistema jurídico, especialmente no âmbito do Judiciário, e o político decorre da estrutura, da lógica e dos atores que a modernidade fundou e legou para a atualidade<sup>835</sup>. Nesse cenário, um dos obstáculos à atuação do Judiciário advém justamente da sua cultura e tradição, consistindo em poder que,

[...] diferentemente do Executivo e do Legislativo está acostumado a julgar com base em fatos passados, ou seja, em uma lei ou jurisprudência já existente. Entretanto, como as demandas sociais são dinâmicas, os conflitos distributivos necessitam de soluções voltadas para o futuro, como são as políticas públicas que definem a distribuição e alocação de recursos escassos. (BORGES; UGÁ, 2009, p. 28)

---

<sup>834</sup> As pactuações e a complexidade do sistema já foram abordadas no tópico 2.2 e pela autora e Sérgio Cadernatori em outra oportunidade (CANUT; CADERMATORI, 2011).

<sup>835</sup> Tema abordado no título 1.1.

Verifica-se, dessa forma, que a influência do positivismo e da legalidade, assim como a divisão dos poderes, são legados modernos<sup>836</sup> que afetam o cenário em exame. No entanto, constituem apenas parcela dos desafios a serem enfrentados em tempos pós-modernos.

A separação e a dificuldade de interação entre o sistema judiciário e o sistema político<sup>837</sup> colocam em destaque outra dicotomia já mencionada: justiça distributiva x justiça retributiva. Sob esse viés, avalia-se que a resolução

[...] de uma situação, que deveria ser tratada de forma coletiva – [...] – e pelos órgãos competentes, acaba por realizar justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça).<sup>838</sup> (BORGES; UGÁ, 2009, p. 28)

Os debates em torno de tal assunto revelam mais dificuldades provenientes das heranças modernas: tornam patente que a estruturação do modelo judicial ainda hoje em vigor “condiciona o enquadramento de conflitos que envolvem a saúde de todos nos moldes dos conflitos individuais, de caráter retributivo ou bipolar” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 22), nos quais figuram como partes, de um lado, o indivíduo ou mesmo grupo de indivíduos – sob as categorias de direitos difusos ou coletivos – e, de outro, o Estado, por meio, especialmente, dos entes federativos que, em muitos casos, têm sido demandado de forma conjunta com base na interpretação tanto quanto *nociva* da diretriz da solidariedade<sup>839</sup> que deve haver no SUS.

---

<sup>836</sup> Recorda-se que a questão da legalidade e a dificuldade de reconhecimento das políticas foram abordadas no tópico 2.3. E a questão da divisão dos poderes e, particularmente, o seu questionamento na pós-modernidade podem ser observados no tópico 1.2.

<sup>837</sup> O trabalho de Marques (2005, p. 86) parte da distinção entre o sistema jurídico e político: “Partiremos do pressuposto, neste trabalho, de que direito e política são dois sistemas distintos, com funções, operações e códigos de comunicação específicos, embora interdependentes e estruturalmente acoplados. E buscaremos analisar de que forma esses sistemas se relacionam na garantia dos direitos sociais, que exigem, para sua implementação, a elaboração de políticas públicas.”

<sup>838</sup> As autoras referem-se à alocação de recursos e fornecimento de medicamentos.

<sup>839</sup> Tema abordado no tópico 2.2.



Ocorre que o modelo judicial, criado para lidar com conflitos bilaterais e comutativos que envolvem o jogo de bens particulares<sup>840</sup>, pode ser eficiente para solucionar questões do universo microjurídico. No entanto, não dá conta da complexidade que envolve os conflitos plurilaterais ou policêntricos em que estão em jogo bens que o Estado deve promover por meio de recursos públicos como, por exemplo, a saúde. Decisão acerca desses conflitos não afeta apenas as partes, mas toda a coletividade e, assim, o universo macrojurídico. Isso porque “o resultado será uma perda ou um ganho para toda a sociedade, ou seja, trata-se da alocação entre várias partes de recursos escassos ou indivisíveis e não de retribuição ou indenização entre duas partes”<sup>841</sup> (BORGES; UGÁ, 2009, p. 23; 22). Deve-se ter em mente que a decisão contra o SUS é contra a própria Sociedade.

Assim, para Lima (2010, p. 243), no cenário que envolve o direito à saúde, coloca-se em questionamento a própria ideia de *direito subjetivo* sob a qual se pauta a configuração do modelo judicial. Mais um legado moderno que ganhou espaço ao ser conceituado como poder absoluto por meio do jusracionalismo e consagrado no Código Napoleônico de 1804, conformando-se como categoria central da modernidade orientada e fundada pela lógica da apropriação privada. Nesse sentido:

[...], não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo<sup>842</sup> que

---

<sup>840</sup> Segundo as autoras, “as decisões judiciais no caso de conflitos bilaterais sempre produzirão um resultado insatisfatório para uma das partes, especificamente para aquela a quem não for adjudicado o bem objeto do conflito, Entretanto, tal decisão funciona como lei entre as partes envolvidas no conflito, não podendo ser descumprida, ainda que considerada substancialmente injusta.” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 24).

<sup>841</sup> As autoras ressaltam que, “por esse motivo, os critérios e mecanismos tradicionalmente utilizados pelo judiciário para decidir sobre conflitos bilaterais, apropriados ao exercício da justiça comutativa, não são adequados ao exercício da justiça distributiva e não deveriam ser aplicados às decisões sobre bens providos pelo Estado com recursos públicos como aquelas sobre o direito à saúde e, em especial, sobre o fornecimento de medicamentos” (BORGES; UGÁ, 2009, p. 22).

<sup>842</sup> Embora a crítica de Lima seja importante no cenário que ora se analisa, observar-se-á que ela não condiz ao que será disposto, especialmente, no título 3.2. *Isso porque a ideia de direito coletivo extrapatrimonial, na pós-modernidade, exige que seja reconhecida a titularidade desse direito à*

advém da modernidade funciona quando se trata de duas partes, uma ideia construída sob o modelo implícito da relação entre dois indivíduos, uma relação bipolar entre aquele que tem o direito e outro que tem o dever. Quando levamos em consideração as relações complexas entre membros de uma coletividade podendo usufruir um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas, como entendemos ser o caso dos direitos sociais, essa ideia de direito subjetivo não funciona e deve ser superada. (LIMA, 2010, p. 246)

Com base nessas observações e mesmo considerando o “reparo” efetuado por meio da previsão dos direitos coletivos e difusos, que também se guiam e estruturam-se pela lógica dos direitos subjetivos, é possível perceber que a atual configuração judicial não é apropriada para lidar com conflitos que envolvam o direito coletivo à saúde em sua real expressão.

Vários autores como, por exemplo, Danielle da Costa Borges, Maria Alicia Dominguez Ugá, Ricardo Seibel de Freitas Lima e José Reinaldo de Lima Lopes reconhecem os limites<sup>843</sup> do modelo atual e abordam: a necessidade de pensar novos critérios e mecanismos para as decisões do Judiciário (BORGES; UGÁ, 2009, p. 25; 22; LOPES, 2006a, 108-182)<sup>844</sup> ou mesmo remédios distintos daqueles que correspondem à concepção de direito subjetivo, ou seja, modelo apto a concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, nos termos dos

---

*Sociedade repersonalizada, como direito subjetivo da Sociedade.* Nesse sentido, a crítica à modernidade seria no sentido de ela ter excluído a Sociedade enquanto sujeito de direito subjetivo.

<sup>843</sup> Borges e Ugá (2009, p. 25) discorrem sobre tais limitações com base na obra de Lopes. Elas indicam, a partir da obra de tal autor, os seis obstáculos ou limites impostos ao Judiciário para as decisões que envolvam questões relacionadas à justiça distributiva.

<sup>844</sup> As autoras, ainda com base na obra de Lopes (2006a, p. 172) que, em relação ao tema acima, assim dispõe: “Ora, se o conflito judicializado tende a ver a questão sob o ângulo bilateral, o desafio das questões plurilaterais é permitir que mais de um ponto de vista seja levado ao processo e, sobretudo, permitir e estimular aquele que patrocina o interesse difuso a não perder de vista que não se trata de um simples jogo de soma zero aquele em ele se envolveu.”.

artigos 193 e 196 do texto constitucional, que estabelecem universalidade e caráter igualitário<sup>845</sup> (LIMA, 2010, p. 247).

O neoconstitucionalismo, com a normatividade dos direitos fundamentais, sob a forma tanto de normas quanto de princípios, e a ênfase na atuação do Judiciário, promoveu profundas alterações no perfil do Judiciário e no positivismo jurídico<sup>846</sup>. No entanto, o próprio conflito e os mecanismos para solucioná-lo ainda moldam-se, mesmo diante do novo constitucionalismo, de acordo com aquela configuração de justiça estruturada em função da propriedade privada dominial.

Nesse quadro, muito se avançou em relação ao positivismo na seara do resgate dos valores para o mundo jurídico. No entanto, a inclusão de novas características como, por exemplo, a intensa atuação do Judiciário e a valorização de seu papel na criação do direito no quadro jurídico-político firmado há séculos, segundo orientações modernas, fez com que surgissem ao menos duas consequências desafiadoras para a pós-modernidade: a) a falta de instrumentos propícios para o Judiciário lidar com os novos problemas sociais, que são cada vez mais complexos e de caráter coletivo; b) o desequilíbrio do funcionamento da divisão dos poderes<sup>847</sup>, legado do *modelo moderno*. Consequências decorrentes da simples *agregação* de novos elementos ao quadro jurídico-político, como se fosse possível acrescentar novas estruturas sem (re)modelar ou (re)forçar a base sobre a qual elas se sustentam.

Apesar de não se manifestar no mesmo sentido das observações acima descritas, Aith (2007, p. 80) tece observações que acabam se enquadrando naquele quadro geral:

[...] os Direitos sociais não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem do Estado remédios distintos daqueles classicamente previstos para a defesa dos direitos civis e políticos (individuais). Mais ainda, os Direitos sociais têm

---

<sup>845</sup> O autor destaca que sua proposta, “portanto, não é negar a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, nem mesmo contestar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base neste preceito [...]” (LIMA, 2010, p. 247).

<sup>846</sup> Características abordadas nos tópicos 1.2 e 2.1.

<sup>847</sup> Situação que se reflete na própria relação, por vezes conflituosa, acima descrita entre o sistema jurídico e o político, entre justiça distributiva x justiça retributiva e, assim, no questionamento da divisão dos poderes.

uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça redistributiva.

Dessa forma, o panorama de inadequação<sup>848</sup> que se constata atualmente ocorre, dentre outros motivos, porque o exercício e a tutela do direito à saúde envolve, em real expressão, as três perspectivas da dimensão coletiva do direito à saúde citadas no início deste tópico e não apenas as duas acima destacadas por meio das diversas abordagens. No entanto, como a *perspectiva do coletivo da saúde como direito de todos* ainda não recebeu tratamento autônomo, seu exercício e tutela – e assim a resolução do conflito que envolve o direito de todos à saúde – ficaram “amarrados” às estruturas e lógicas modernas que se reforçam e se propagam por meio daquelas dicotomias e mesmo da contraposição entre a *perspectiva que se concentra no dever Estatal* de garantir/concretizar o direito de todos e aquela que enfatiza o *direito subjetivo de todos à saúde*.

Inserem-se no cenário tanto os denominados instrumentos de tutela coletiva do direito à saúde quanto os de tutela individual. No primeiro grupo estão: a) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX; CF/88); b) mandado de injunção coletivo, que foi reconhecido pelo STF para a proteção dos direitos sociais, como o direito à saúde. E os já citados: c) ação popular; d) Código de Defesa do Consumidor; e) e Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 2003c, p. 137).

No âmbito desse agrupamento, partindo da Constituição, cabe destacar ainda: função do Ministério Público na promoção do inquérito civil e ação civil pública, para tutelar o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 128, III e § 1º); o reconhecimento da legitimidade das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI); a defesa pelos sindicatos de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, judicial ou administrativamente (art. 8º, III); e a legiti-

---

<sup>848</sup> Também segue o posicionamento Marques (2005, p. 118), ao afirmar que, “assim, as decisões judiciais [que ela chama de microjustiça] não são capazes de resolver os problemas jurídicos que giram em torno da efetivação e garantia dos direitos sociais. Mesmo que existam ações específicas para tutelar os direitos sociais em juízo, como as ações civis públicas, o sistema jurídico não será capaz de oferecer soluções adequadas a direitos ‘positivos’ que demandam a implementação de políticas e serviços sociais, sem inserir a discussão política no interior do sistema.”

dade de índios, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com a devida interferência do Ministério Público (art. 232) (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 727; BRASIL, 1988).

E, no segundo grupo, tem-se: a) direito de petição (art. 5º, XXXIV, CF/88); b) *Habeas Corpus* (art. 5º, LXVIII, CF/88); c) mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX, CF/88); d) mandado de injunção individual (art. 5º, LXXI, CF/88); e) *Habeas Data* (art. 5º, LXXII, CF/88); f) representação individual ao Ministério Público; g) Código de Defesa do Consumidor; h) Recurso individual aos Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos (BRASIL, 2003c, p. 137).

Para além desses instrumentos de proteção do direito à saúde, que visam a dimensão subjetiva de tal direito, ou seja, o direito subjetivo à saúde, Rios ([s.d.]) afirma que também a dimensão objetiva, aquela conectada aos deveres do Estado, conforme já citado acima e descrito especialmente nos tópicos 1.2 e 2.1, pode ser objeto de proteção judicial. E sob esse viés, conta-se com os “instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, sendo a legitimação processual ativa definida na Constituição, objetivando a defesa do direito constitucional à saúde em si mesmo”.

O reconhecimento dos limites e inadequação do desenho e instrumentos para tutela do direito à saúde pode ser estendido para as análises acerca do exercício deste, objetivando, por óbvio, as peculiaridades de cada âmbito. Nesse contexto, por realizar-se em meio a institutos e sujeitos modernos, pautado na relação representativa entre a sociedade e o Estado, na qual a este incumbe o dever de proteger e promover o direito daquela coletividade, que se torna sujeito passivo nessa relação, tal exercício também ficou *amarrado* aos sujeitos e mecanismos modernos orientados e estruturados com base na propriedade privada<sup>849</sup>, dentre os quais se destaca, principalmente, o mecanismo da representação e, assim, o voluntarismo estatal.

As *amarras* modernas, que acabam limitando tanto a tutela quanto o exercício do direito à saúde em tempos pós-modernos, têm-se propagado disfarçadamente por meio das *novas* significações que foram sendo atribuídas ao aspecto *coletivo* dos diversos direitos de vertente coletiva e, de forma específica, do direito à saúde, após a Constituição de 1988.

---

<sup>849</sup> Conforme explicações constantes no tópico 1.1 e 1.3.

Com isso quer se dizer que as atuais interpretações acerca do aspecto coletivo do direito à saúde, que variam, de acordo com a opção adotada neste título, entre três principais *perspectivas*, acabam reproduzindo, de forma não propositada, modelos modernos, inaptos às exigências da pós-modernidade jurídico-política. Síntese do que foi abordado até o momento pode ajudar a identificar, ao menos de forma aproximada, as amarras modernas de algumas significações do aspecto *coletivo* ou da *coletividade* no âmbito do direito à saúde.

Na perspectiva em que o direito de todos à saúde é destaque, a coletividade é considerada como a totalidade da sociedade. No entanto, por ser tomada como abstração, essa coletividade, que tem o direito e o dever de participar nas deliberações que envolvem as questões para o exercício do direito à saúde, só está possibilitada a agir por meio de representantes. Tem-se, então, inclinação no sentido abrangente do *coletivo*, mas, *aquele a ser representado* e no qual a sociedade é, ainda, aquela sociedade de indivíduos mencionada no título 1.3. No caso do SUS, a representação dá-se por meio tanto de representantes eleitos para os poderes legislativo e executivo quanto representantes eleitos para os Conselhos de Saúde<sup>850</sup>, o que mantém o exercício do direito à saúde na dependência do voluntarismo de representantes em ambos os casos.

Na perspectiva que enfatiza o dever estatal o significado do aspecto coletivo do direito à saúde tende a corresponder, conectado com noções de interesse público, ao *coletivo abstrato e representado*. Nessa conjuntura, o relevo já não está tanto na representação em si, mas na *recepção de proteção e de prestações* estatais decorrentes do dever do Estado. No sentido em que a saúde, como bem comum, é provida a *um coletivo receptor* por meio de ações e serviços derivados do exercício desse direito por parte do Estado nos âmbitos do poder de normativo, de polícia e de suas políticas públicas. Prestações e ações desfrutáveis individualmente pelos componentes do coletivo. Quando se exige desse *coletivo passivo receptor* o dever de proteger o bem jurídico coletivo *saúde*, sua ação dá-se em termos de solidariedade dos indivíduos que compõem a sociedade.

Já a perspectiva que enfatiza o direito subjetivo de todos à saúde acaba dando significado ao aspecto coletivo da saúde, especialmente no campo da tutela judicial quando, ao se ocupar em estabelecer os titulares do direito à saúde reconhece, ao lado da titularidade individual, titularidade coletiva de grupos, com membros identificáveis ou não, nos termos

---

<sup>850</sup> Conforme mencionado no tópico 2.3.

da lei. Aqui o *coletivo* recebe sentido restrito ao ser equiparado a tais grupos e por permanecer sem capacidade própria de tutela e exercício do direito coletivo.

Dessa forma, a perspectiva da dimensão coletiva da saúde como direito de todos acaba, nesse cenário, por não ser devidamente contemplada. A ela não é garantido lugar nem capacidade de atuação próprios restando-lhe vagar entre: a) o âmbito da *saúde pública* e do direito administrativo, na qual a dimensão coletiva concentra-se nos deveres do Estado, sejam eles normativo, de polícia ou prestacionais, ficando o exercício e a tutela a mercê do voluntarismo estatal e, por outro lado, da solidariedade individual; b) e a esfera de análise dos direitos fundamentais na qual a perspectiva coletiva obrigacional do direito à saúde perde espaço para a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que são, nesse contexto, em primeiro lugar, direitos individuais conectados à vida e à dignidade humana.

Nesse cenário, constata-se que os significados atribuídos ao *aspecto coletivo do direito à saúde* com base na influência das três perspectivas supramencionadas ganham sentido no universo em que há predominância dos sujeitos – o Estado e o indivíduo –, das esferas – pública e o privada – e dos bens – público-estatais e individuais – característicos da configuração jurídico-política moderna.

O direito sanitário, como ramo autônomo, traz preceitos que tentam direcionar para análise global e única do direito à saúde, de modo a considerar tanto o aspecto coletivo quanto o individual. Recorre, assim, aos diversos ramos jurídicos que perpassam tal área e procura estabelecer princípios próprios que possam direcionar as questões relativas ao direito à saúde.

De acordo com Dallari (2003, p. 55),

[...] o direito sanitário representa, sem qualquer dúvida, uma evidência da mudança de paradigma no campo do direito. Com efeito, para sua definição tanto é necessária a discussão filosófica ou sociológica que permite afirmar a saúde como um direito (abarcando seus aspectos individuais, os coletivos e, igualmente aqueles difusos, derivados do desenvolvimento social) como é indispensável que se dominem os instrumentos adjetivos que possibilitam a realização efetiva do direito à saúde. Por isso, pode-se afirmar que o direito sanitário expressa um sub-campo do conhecimento

científico – dotado de leis próprias, derivadas dos agentes e instituições que o caracterizam – que facilita a superação da divisão (hoje inconveniente) entre ciência pura e ciência aplicada.

Embora já represente muitos avanços, esse novo ramo do Direito ainda não conseguiu dar respostas efetivas para os problemas da área da saúde justamente por ainda não apreender, como os demais ramos, aquele aspecto coletivo do direito à saúde ora mencionado, que ainda não ganhou autonomia. Por isso, não apresenta regime próprio (e assim instrumentos específicos) para lidar com tal aspecto coletivo do direito à saúde. Isso porque desde a sua concepção e organização, o direito sanitário caiu naquela mesma armadilha que os demais ramos: a de propor novo paradigma tomando-se por base configurações e elementos do paradigma anterior.

O panorama pós-moderno introduziu novas formas de tratamento do direito à saúde tanto na dimensão individual quanto na coletiva. O Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo colaboram para o desenvolvimento de ambas. O quadro que se formou, e que foi traçado neste tópico, permite perceber o reconhecimento da saúde como bem comum, bem jurídico coletivo. No entanto, bem que para ser exercido e protegido depende da atuação do Estado e do indivíduo, da solidariedade deste ou sua representação.

Apesar de os significados atribuídos ao *aspecto coletivo do direito à saúde* indicarem, em alguns casos, inclinação para novo caminho de abordagem do *coletivo*, reconhecendo que se trata de bem jurídico que pertence a todos e que modelos tradicionais não são adequados para lidar com a complexidade de tal direito, verifica-se que tais reconhecimentos não saem do campo da abstração, não conseguem prever estrutura jurídico-política e instrumentos apropriados para o exercício e tutela desse *aspecto do direito à saúde*. Isso porque, como verificado anteriormente, as propostas e abordagens dos diferentes ramos jurídicos, dentre eles o direito sanitário, continuam amarradas à orientação do paradigma moderno.

A Constituição brasileira de 1988 abriu o caminho para o tratamento da saúde, assim como dos demais bens coletivos, sob a perspectiva procedimental-participativa, já mencionada nos títulos 1.3 e 3.3. No entanto, percebe-se que as interpretações e análises atuais não alcançaram, ainda, a complexidade das propriedades extrapatrimoniais coletivas introduzidas por aquele texto. Continuam a reproduzir o paradigma moderno.



Os debates acerca do direito coletivo à saúde encontram-se no contexto de uma ordem jurídica e política imprópria para seu exercício e proteção. Essa inadequação, como já afirmado, tem como causa primeira a inaptidão do Estado autocrático.

O modelo moderno de sociedade entrou em crise, mas seu paradigma jurídico-político continuou a operar. E é isso que se pode verificar das abordagens traçadas no presente tópico: contexto no qual ainda predominam as categorias jurídico-políticas modernas. Categorias, aliás, que comprovam sua força, mesmo em tempos pós-modernos, ao viabilizarem o destaque, de um lado, de perspectiva e significação do aspecto coletivo que enfatiza o papel do Estado e, de outro, a perspectiva e sentido do coletivo que coloca o indivíduo em evidência por meio da ideia de direito subjetivo. E, ainda, a exclusão de uma terceira possibilidade que se relaciona diretamente com a Sociedade.

Essas críticas não pretendem sugerir que as interpretações e abordagens modernas do aspecto coletivo – que colocam em evidência, de um lado, o dever estatal e a solidariedade social diante de coletivo a ser representado e, de outro, no direito subjetivo – devam ser desconsideradas quando da análise do direito à saúde. Elas significam conquistas que marcam o quadro jurídico e político do Estado Democrático de Direito e devem ser mantidas.

O que se tem a fazer é colocar ao lado das duas perspectivas e, em mesmo nível, sob as orientações, interpretações e instrumentos próprios, aquela outra que trata a saúde como direito de todos e que envolve o direito de todos de participar das questões a ela relativas. Abordagem que, como já mencionado, ainda não foi tratada de forma autônoma justamente por sua compreensão depender de categoria fundamental que foi excluída do quadro jurídico-político moderno: a Sociedade ou coletividade. A essa perspectiva restou o mesmo papel que a modernidade reservou para a sociedade: o de terceiro excluído. Por isso, apesar de reconhecer que a saúde é bem coletivo, de todos, não consegue se libertar das *amarras* modernas.

Dessa forma, as interpretações atuais do artigo 196 da Carta Magna não alcançam o seu sentido pós-moderno. Por ainda estarem sob as *vendas* modernas não conseguem identificar que nesse dispositivo o direito social à saúde, previsto no artigo 6º, foi positivado como *propriedade especial extrapatrimonial* ou *propriedade coletiva propriamente dita* que pertence à Sociedade enquanto sujeito autônomo com capacidade de atuação jurídica em processos coletivos próprios.

## 4.2 FUNDAMENTOS PARA A CONCEPÇÃO DO MODELO PÓS-MODERNO DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE TODOS À SAÚDE DESDE O SISTEMA ÚNICO: OS LIMITES DA ESTRUTURA DE PARTICIPAÇÃO “COMUNITÁRIA” POR MEIO DOS CONSELHOS DE SAÚDE E OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DOS PROCESSOS COLETIVOS PRÓPRIOS

O Sistema Único foi previsto no artigo 198 da Constituição Federal de 1988 para viabilizar a concretização do direito de todos à saúde<sup>851</sup>. O Sistema engloba e direciona a elaboração e operacionalização das políticas públicas que se materializam nas ações e serviços por meio dos quais o Estado deve garantir aquele direito fundamental de todos.

A Constituição não se deteve à criação do Sistema Único. Sob a influência do movimento sanitário e do relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde, a Carta Magna estabeleceu os seus princípios e diretrizes. Com isso, estipulou as bases e contornos<sup>852</sup> que devem guiar sua organização e operacionalização.

No capítulo 2 ficou claro que dentre as diretrizes orientadoras do funcionamento do SUS encontra-se a *participação da “comunidade”*, estipulada no artigo 198, III, da Carta Constitucional. Essa característica é consentânea à vertente democrática da Constituição que, no artigo 1º, parágrafo único, prevê a possibilidade de participação direta do “povo”.

Dessa forma, o modelo participativo do SUS insere-se no contexto abrangente<sup>853</sup> da República Participativa<sup>854</sup> e, assim, de instrumentos introduzidos para viabilizar a *participação direta*<sup>855</sup>, dentre os quais se

<sup>851</sup> Previsto no artigo 196 do texto constitucional, conforme já analisado no capítulo 2.

<sup>852</sup> De acordo com explicação elaborada no tópico 2.2, na qual se referiu à citação de Dallari.

<sup>853</sup> Schwartz (2001, p. 109, 110) considera que “a participação da comunidade não se dá tão-somente através das citadas instâncias colegiadas. Há outras possibilidades de participação (direta e indireta). A participação indireta pode ser encontrada nos seguintes artigos de nossa Constituição: 1º e parágrafo único, 14, 61, parágrafo 2º, 58, parágrafo 2º, II, 49, XV e 103, VIII e IX. A participação direta é verificada nos artigos 29, X, 74, parágrafo 2º, e 85, III da CF/88.”

<sup>854</sup> Característica muito bem destacada por José Isaac Pilati.

<sup>855</sup> Apesar de se utilizar a expressão *participação direta* para abordar tais instrumentos de democracia participativa, é importante ressaltar, de acordo com o disposto no tópico 3.1, que ela não é a única utilizada para tratar os

citam: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, os *conselhos gestores* e a audiência pública<sup>856</sup>. Conjuntura em que se estabeleceu a gestão pública democrática<sup>857</sup>.

No entanto, no capítulo 3, verificou-se que essa participação e os mecanismos concebidos para concretizá-la continuam a ser idealizados sob orientações modernas que não captam a mudança paradigmática que a Constituição de 1988 promoveu no quadro jurídico-político brasileiro.

Já foi destacado no tópico 3.3 que a Carta Magna exprime mudança mais intensa e profunda que a simples inclusão de mecanismos participativos. Ela envolve, fundando-se na previsão das propriedades coletivas extrapatrimoniais e da República participativa, a formação de novo cenário jurídico e político que passa a contar com: três tipos de bens – privados, público-estatais e coletivos; três tipos de sujeitos de direito – o indivíduo, o Estado e a Sociedade; e dois tipos de processo coletivo – os impróprios e os próprios.

Do exposto no tópico anterior, nota-se que não há grandes problemas, no Brasil, quanto ao reconhecimento da saúde como bem coletivo. Isso decorre da própria clareza do texto constitucional de 1988, elaborado sob a influência dos debates internacionais dos direitos humanos e do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, conforme relatos constantes nos títulos 1.2 e 2.1.

Nas abordagens atuais, essa dimensão do direito à saúde aparece referenciada, por exemplo, como: a) bem jurídico coletivo (DALLARI; NUNES JÚNIOR, p. 8; 10); b) bem que pertence a toda a coletividade (CASTILHO, 2003, p. 116); c) direito social à saúde como bem comum (LIMA, 2010, p. 247); d) saúde como bem comum (BORGES; UGÁ, 2009, p. 22; 24; 27).

Embora as diferentes análises façam menção à saúde como bem/direito coletivo, elas o fazem com base em fundamentos modernos e acabam condicionadas por seus limites. Por apoiarem-se em orientações do paradigma simplificador, reducionista e não inclusivo, tais exames inserem o direito coletivo à saúde em cenário composto: por dois sujeitos ativos – o indivíduo/sociedade de indivíduos e o Estado; pelo

---

institutos do referendo, plebiscito e iniciativa popular. Tanto que alguns autores, como Bonavides (1995, p. 359), os abordam como instrumentos de participação direta enquanto outros, como Silva, os descrevem como mecanismos de participação semidireta (1998, p. 145-146).

<sup>856</sup> Conforme já mencionado no tópico 3.2.

<sup>857</sup> Temas já examinados no título 3.2.

constante embate entre o público x privado / estatal x individual; por opções dispostas em forma de pares dicotômicos; pelo voluntarismo do Estado e do indivíduo para o exercício e tutela de direitos.

Em virtude dessas amarras, algumas abordagens mencionadas no título precedente chegam a estar na contramão do paradigma jurídico-político pós-moderno que, como explicado, tem como eixo diretor a própria autonomia do coletivo no plano dos bens, dos sujeitos e dos processos.

Ao menos dois posicionamentos apresentados naquela oportunidade ilustram a afirmação. Para Gama (2007, p. 75-76), não se pode conceber direitos coletivos sem direitos individuais, enquanto para o administrativista Mello (2010, p. 59; 59-61) não existe interesse coletivo que não tenha relação com interesses individuais. E que, por isso, o interesse do todo não é algo autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes desse todo. O autor elabora o esclarecimento com intuito de evitar asseverações, para ele errôneas, no sentido de que o interesse público, como interesse do todo, do próprio corpo social, possui o “*status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”<sup>858</sup>.

Esse panorama comprova a escassez, no cenário brasileiro, de teorias e práticas capazes de lidar com a dimensão propriamente coletiva do direito à saúde. Ele confirma o quadro traçado no título 3.3 no qual se apontou, de um lado, que o atual modelo de participação “comunitária” no SUS é inadequado para o exercício do direito coletivo à saúde e, de outro, a necessidade de se estruturar novo arquétipo participativo, em conformidade com as características e peculiaridades apresentadas naquele título.

A falta de percepção em torno da abrangência das mudanças constitucionais faz com que o direito de todos à saúde e o SUS, categorias centrais do novo paradigma jurídico e político do país, ainda sejam analisados, estruturados e normatizados com base em orientações e categorias da modernidade. Disso resulta a incompreensão do aspecto coletivo do direito à saúde<sup>859</sup> e, conseqüentemente, a inexistência de estrutura adequada para o seu exercício a partir da formulação das políticas do Sistema Único.

---

<sup>858</sup> Ambas as abordagens já foram citadas no tópico anterior.

<sup>859</sup> Conforme se apurou no tópico 4.1, ao examinarem-se algumas abordagens atuais acerca do *aspecto coletivo* do direito à saúde no País.

Diante de tais limitações o Sistema avança no sentido de retirar as decisões sobre tais políticas do seio do voluntarismo estatal. No entanto, ele não consegue colocá-las sob a responsabilidade da Sociedade repersonalizada. Do que resulta modelo participativo a mercê do voluntarismo dos conselheiros eleitos<sup>860</sup>.

Essa participação “comunitária” já foi objeto de análise no tópico 3.2. Ao final daquele exame citaram-se, a título descritivo e exemplificativo, algumas questões problemáticas que envolvem o modelo configurado pelos Conselhos de Saúde.

No presente título as críticas tecidas acerca de tal formato serão postas em evidência. Elaborar-se-á análise, de caráter paradigmático, com fundamento nos elementos e orientações desenvolvidos sob influência do marco teórico traçado no tópico 1.3 – retomado no título 3.3 – e no distanciamento das interpretações apresentadas no título anterior.

Procurar-se-á comprovar a hipótese da inadequação do modelo de participação “comunitária” do SUS para o exercício do direito coletivo à saúde e a necessidade de novo modelo participativo, condizente com a dimensão coletiva e, assim, com a pós-modernidade. Analisar-se-ão exemplos de processos próprios – partindo dos casos apresentados por José Isaac Pilati<sup>861</sup> –, adequados para lidar com o direito coletivo em nível administrativo, judicial e legislativo.

Essa conjuntura analítica fornecerá os fundamentos para a concepção de estrutura ideal de participação para o exercício do direito coletivo à saúde a partir do Sistema Único.

O estudo demonstrará que o atual formato da *participação “comunitária”*, os seus problemas e até mesmo as sugestões para superá-los encontram-se condicionados pelas mesmas amarras modernas presentes nas abordagens atuais sobre *o aspecto coletivo do direito à saúde*. Daí será possível comprovar que a estrutura participativa para elaboração das políticas do Sistema Único não possibilita o exercício do direito coletivo à saúde nos termos da ordem constitucional da República Participativa pós-moderna.

A inadequação do atual modelo ficará patente ao serem analisados alguns discursos que apontam a representação, que é categoria moderna, como um dos grandes problemas a ser enfrentado pelos Conselhos.

Outro aspecto essencial do debate diz respeito aos instrumentos participativos. Verificar-se-á que não se tem recorrido aos mecanismos

---

<sup>860</sup> Conforme explicado no título 3.3.

<sup>861</sup> Exemplos apresentados na teoria de base selecionada para a tese.

de participação direta como plebiscito, referendo e iniciativa popular e que a configuração hodierna destes e das audiências públicas, mecanismo cada vez mais utilizado em diferentes oportunidades, não corresponde, também, à participação pós-moderna<sup>862</sup>.

Recorda-se que em virtude da previsão constitucional da participação no Sistema de Saúde – no inciso III, do artigo 198 – o Estado foi incumbido de criar mecanismos para viabilizar a participação “comunitária” na formulação, execução e controle das políticas do setor. A Lei 8.142/90<sup>863</sup> foi elaborada nesse sentido. Ao dispor sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único, ela instituiu as Conferências e os Conselhos de Saúde, em cada esfera de governo, como instâncias colegiadas que passaram a integrar a estrutura institucional do SUS. Foros que atualmente consistem nos mecanismos participativos de maior destaque na área. Embora não sejam os únicos canais voltados para o fim da participação no Sistema de Saúde, como visto no tópico 3.2, são eles que, diretamente, possibilitam a participação no processo de *formulação* das políticas de saúde.

Já foi visto que as Conferências e Conselhos – instituições jurídicas do direito sanitário que participam da elaboração das normas desse ramo do Direito produzidas pelo Executivo (AITH, 2007, p. 157)<sup>864</sup> – são arenas onde se situa o conflito e nas quais há a interação entre atores governamentais e outros atores (SILVA, 2001, p. 122) que representam os usuários, os trabalhadores da área da saúde, os gestores e os prestadores de serviços profissionais no setor.

Percebe-se que são espaços participativos diferentes daqueles denominados de espaços públicos ou esfera pública não estatal, nos termos explicados no título 3.1. São espaços institucionais nos quais a *participação* se dá por meio de *representantes*, como claramente disposto nos parágrafos 1º, 2º e 4º, do artigo 1º, da Lei 8.142/90.

---

<sup>862</sup> Saule Júnior (2002, p. 2) considera que, “com base no princípio da participação popular, a Constituição brasileira instituiu vários mecanismos para fins de garantir uma participação direta do cidadão no Poder Público, como a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito, as consultas e audiências públicas, os conselhos de gestão de políticas e serviços públicos, que têm vital importância para garantir o respeito aos valores da democracia e da justiça, a proteção e concretização dos direitos da pessoa humana e a construção de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos.”

<sup>863</sup> Recorda-se que a Lei foi editada após os vetos presidenciais que excluíram da versão original da Lei 8.080/90 os artigos que dispunham sobre a participação, tendo sido mantido a previsão de participação no artigo 7º, VIII.

<sup>864</sup> Conforme já destacado nos tópicos 3.2 e 2.2.

As peculiaridades, características e mesmo diferenças entre as Conferências e os Conselhos de Saúde foram abordadas no título 3.2, no qual já se havia delimitado o tema à análise dos Conselhos sob uma perspectiva de nível local, ou seja, municipal e, mais detidamente, à função que desempenham *enquanto representantes* na fase de formulação da política de saúde.

Os Conselhos de Saúde<sup>865</sup> são referenciados como exemplo de inovação para o aprofundamento da participação, por consistirem em espaços com caráter *deliberativo* que *representam* os sujeitos. Costumam ser citados ao lado de outros instrumentos participativos da Constituição de 1988, mencionados linhas atrás como: eleições diretas, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 955).

Não se deve olvidar, como exposto no tópico 3.2 com menção à obra de Franzese e de Agustini, que a atuação dos Conselhos na produção das políticas de saúde se dá em relação complexa e conjunta que envolve não apenas os poderes Executivo e Legislativo, mas também o Judiciário e até mesmo o Ministério Público. Cenário que coloca em evidência a característica pós-moderna citada, sob as diferentes perspectivas, no título 3.1: a relação entre democracia representativa e a democracia participativa.

Refere-se a tal relação porque, apesar de os Conselhos comporem-se paritariamente de representantes dos cidadãos – com 50% de representantes dos usuários ao lado dos 25% de representantes dos trabalhadores de saúde e de 25% de gestores e prestadores de serviços<sup>866</sup> –, costuma-se considerá-los como mecanismos de democracia participativa por meio dos quais há *intervenção direta dos cidadãos* na política de saúde (FRANZESE, 2011, p. 23; 29; MAUÉS; SIMÕES, 2002, p. 63).

Esse tipo de reflexão leva alguns autores a reconhecer que ao lado do sistema de democracia representativa moderna, no qual se tem eleições periódicas para a escolha dos *representantes* do povo, existe, ao menos no setor saúde, sistemática participativa instrumentalizada pelos Conselhos. Iniciativa que recebe denominações diversificadas que se enquadram nas explicações tecidas no título 3.1, dentre as quais: democracia direta ou democracia participativa.

---

<sup>865</sup> Os autores fazem referência, também, ao orçamento participativo.

<sup>866</sup> Composição explicada no tópico 3.2 com base na própria Lei 8.142/90 como na Resolução 333/03.

A função *deliberativa* dos Conselhos na fase de formulação das políticas de saúde destaca-se por caracterizar-se como o momento de definição de “prioridades de saúde para cada nível de governo” (FRANZESE, 2011, p. 30), ou seja, pela atribuição de definir o interesse público do setor a ser alcançado na esfera federativa de sua atuação. Tarefa que tais Conselhos desempenham em nome da sociedade e dos cidadãos<sup>867</sup>.

A representação que aí se desenrola é de interesse e não política – da qual se tem a dificuldade de determinar fórmula para relacionar o número de sujeitos da comunidade a serem representados pelo conselheiro. “E mesmo que se utilizasse a variável população territorial, seria inviável devido ao incontável número de conselhos que seria preciso instalar. Desse modo, parece que o problema é de solução praticamente impossível.” (LABRA, 2005, p. 375).

Frente a esses traços gerais dos Conselhos de Saúde reapresenta-se questionamento efetuado no título 3.2: os conselheiros, os quais na verdade ocupam vaga direcionada às entidades que representam os usuários<sup>868</sup>, os gestores, os trabalhadores de saúde e os prestadores de serviços realmente representam os interesses de todos os cidadãos ao definirem o conteúdo das políticas de saúde?

Quando colocados esses problemas, torna-se imperioso saber se, e em que medida, essa representação realmente ocorre nos conselhos. O tema envolve, como se pode perceber, crise tipicamente moderna ou, em outros termos, da fase de transição paradigmática: a crise da legitimidade do direito e do Estado, nos termos explicados no capítulo 1.

As considerações de Cohn (2008, p. 244) em torno da participação da comunidade por meio dos Conselhos de Saúde, no âmbito nacional, estadual e municipal são valiosas para o exame de tais questões:

Ele [participação da comunidade ou controle social] tem caráter deliberativo, isto é, por lei deveriam ditar e determinar as prioridades e as políticas de saúde nas suas respectivas esferas de atuação, e têm representação paritária do Estado e da sociedade civil. No entanto, estudos sobre a dinâmica de funcionamento desses Conselhos de Saúde demonstram que sua efetividade e sua eficácia quanto à sociedade aí exercer a representação de seus

<sup>867</sup> Tema também abordado no tópico 3.2.

<sup>868</sup> Conforme exposto no título 3.2, com base nas considerações de Balsemão.



interesses e que essa representação diga respeito a conjuntos de interesses mais gerais de grupos e/ou segmentos sociais mais amplos são muito diferenciadas, impedindo que se afirme categoricamente que a existência de per si desses colegiados de fato garanta maior democratização das políticas de saúde. Sem dúvida eles constituem um instrumento valiosíssimo para o exercício da negociação entre Estado e sociedade civil no que diz respeito às diretrizes implementadas pelas políticas de saúde; *mas necessariamente não se constituem em espaços efetivos de negociação de diferentes interesses em jogo*, [...]. (grifo nosso)

A asseveração coloca em evidência não apenas a crise de legitimidade e a falta de participação efetiva dos interessados na deliberação das políticas de saúde, mas a própria crise do modelo deliberativo concebido para tais espaços colegiados.

Para Labra (2005, p. 380), a questão da representação e da representatividade são dilemas muito difíceis de resolver<sup>869</sup>. A autora considera que os problemas nesse campo estão associados à falta de identificação entre a democracia moderna e a cultura das organizações de interesses, que consiste no modelo pelo qual se dá a representação dos usuários nos Conselhos de Saúde. Ela acrescenta ao cenário o fato de os brasileiros desacreditarem na política e de não se envolverem nas ações associativas.

Bento (2003, p. 232-233) é outro autor a reconhecer a relevância dos dilemas que envolvem a representação no âmbito dos Conselhos. Ele faz menção a três problemas que costumam ser apontados em outros trabalhos: o da abertura à pluralidade da representação; do respaldo dos representantes frente aos setores de origem; da qualificação dos representantes<sup>870</sup>. O autor não termina aí. Acrescenta a esse panorama outro elemento que dificulta o potencial democratizador dos conselhos: “a recusa do poder político de partilhar com eles o poder”. Situação que estaria manifesta em pelo menos dois casos: quando recusa o caráter deliberativo dos conselhos e quando domina [o Estado] as agendas dos conselhos.

---

<sup>869</sup> Posicionamento da autora que já se mencionou no tópico 3.2.

<sup>870</sup> Essa questão, da qualificação, será retomada nos exames a seguir.

Outro problema que envolve a representação paritária nesses espaços diz respeito à própria formação e capacitação dos conselheiros. Labra (2005, p. 377) destaca<sup>871</sup> que a tarefa de conselheiro (representante) não é fácil. Ela exige, especialmente dos conselheiros não governamentais, a aquisição de conhecimentos sobre gestão do SUS, planejamento, orçamento, programação, normatização, operacionalização, execução, controle, avaliação, dentre outros. Cenário no qual a experiência do Conselheiro é fato a ser considerado na sua indicação.

A falta de conhecimento e experiência técnica, administrativa e burocrática por parte dos representantes da sociedade civil, coloca em questão a paridade e, conseqüentemente, o equilíbrio de forças nos processos decisórios<sup>872</sup> (BENTO, 2003, p. 232). O que já desvirtua a lógica participativa idealizada para os Conselhos.

Além disso, a prática de democracia participativa não está livre dos perigos da perversão e da cooptação. A intenção de alargar os debates e demandas sociais não necessariamente evita a cooptação por parte de atores e interesses hegemônicos que procuram, por meio de tais práticas democráticas, legitimar tanto a representação da diferença quanto a exclusão social. Ressalta-se, ainda, que a perversão pode se desenrolar por outros meios como a burocratização da participação, a retomada do clientelismo em novas configurações, pela instrumentalização partidária, pela eliminação de interesses subordinados por intermédio do silenciamento ou manipulação das instituições participativas (SANTOS; AVRITZER, 2003, p. 64).

A paridade de forças que foi estipulada nos Conselhos<sup>873</sup>, com base apenas na proporção numérica<sup>874</sup>, apesar de representar avanço, não foi bastante para eliminar, no interior dos Conselhos, as práticas antigas de clientelismo e corporativismo, que envolvem tanto governo quanto sociedade civil (BENTO, 2003, p. 232).

Nesse sentido, Leal (2006, p. 55) assevera que

O que ocorre com estes mecanismos de abertura e desconcentração dos poderes instituídos é que,

---

<sup>871</sup> Considerações tecidas com base em publicação do Ministério da Saúde em conjunto com o Conselho Nacional de Saúde.

<sup>872</sup> Nessa passagem o autor faz referência à Tatagiba.

<sup>873</sup> Importante destacar que o autor refere-se aos Conselhos gestores de forma geral e não especificamente aos Conselhos de saúde.

<sup>874</sup> Conforme acima citado ao indicar a porcentagem dos representantes e como abordado no tópico 3.2.

muitas vezes, são verdadeiramente cooptados pelas falácias e artimanhas de velhas instituições que ainda resistem à distribuição do poder, a despeito de suas falências diante das demandas agregadas e reprimidas. Ou seja, são tomados de assalto por comportamentos e condutas corporativas e, mesmo, agentes de parcela da comunidade já encastelados nas estruturas vetustais do Leviatã Moderno, fazendo deles mais um canal de veiculação dos seus interesses do que dos interesses comunitários.

No que diz respeito à burocratização, ela tem tido forte reflexo no âmbito dos Conselhos de Saúde. Além da disputa entre os interesses particulares e gerais, a burocracia emerge no seio de outra grande tensão nos processos de tomada de decisão: entre a dimensão técnica e a dimensão política. Tensão que no Brasil apresenta-se sob a forma de distanciamento entre representantes e representados<sup>875</sup> e que nos Conselhos de Saúde manifesta-se, por exemplo, em discussões marcadas por questões operacionais e orçamentárias ao invés de negociações entre interesses diversos<sup>876</sup> (COHN, 2008, 223-224).

Diante do quadro, percebe-se que a estruturação atual da participação nos Conselhos, que é o grande referencial participativo no SUS, enfrenta muitas dificuldades.

Há quem considere que são tantos os obstáculos e tão poucos avanços – ou lentos e sem muita expressão – que se os Conselhos não alcançarem o efetivo e necessário apoio da sociedade, mediante contato constante com a sua base, para garantir a representatividade, nem tiverem assegurado os repasses financeiros regularmente, estarão passando por sério risco de perderem seu caráter de espaço de “democracia de alta intensidade”. E correm, assim, o risco de sofrerem a cooptação de seus membros, a colonização pela lógica burocrática e, enfim, da conversão em espaço para a legitimação da política governamental (BENTO, 2003, p. 233).

Frente a esse cenário que evidencia a questão da representatividade no seio dos Conselhos, acrescentam-se outras indagações: pode-se realmente afirmar que os Conselhos de Saúde apresentam-se como for-

---

<sup>875</sup> O que configura a crise de representatividade e de legitimidade do Estado e do direito, abordada especialmente no tópico 1.2.

<sup>876</sup> Isso sem falar nos problemas que envolvem a relação entre Conselhos e Comissões Intergestores Bipartites, que não será objeto de análise da tese.

ma de participação direta dos cidadãos? Não seria contrassenso falar em participação direta dos sujeitos nos conselhos já que a própria lei que os institui dispõe sobre sua composição por representantes de cada segmento e, ainda mais, de conselheiros que ocupam vaga destinada às entidades do segmento desses sujeitos? A estruturação atual da participação no SUS pode mesmo ser considerada como articulação entre democracia representativa e democracia direta?

Antes de ocupar-se com possíveis respostas a tais inquietações, ressalta-se que, para a autora da presente tese, os Conselhos representam democratização e novas conquistas sociais na gestão do SUS e das políticas de saúde. Conforme já se dispôs no título 3.2: os Conselhos de Saúde significam grandes e importantes avanços em relação à democracia representativa moderna. São inovações que favorecem gestão mais participativa do Sistema e de suas políticas. Tanto o é que no âmbito nacional servem como modelo para outros setores<sup>877</sup>, enquanto têm sido referência no âmbito internacional<sup>878</sup>.

Nesse sentido vale lembrar que:

O sistema colegiado de conferências e conselhos de Saúde constitui uma inovação política, institucional e cultural da maior relevância para o avanço da democracia e do SUS e uma singularidade no contexto latino-americano. *Os conselhos*, apesar das dificuldades, têm, ainda que latente, o potencial para se afirmarem como instâncias que impulsionam a participação da sociedade organizada no ciclo de políticas públicas de saúde, contribuindo para a reforma da estrutura político-institucional do país. (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 1.008, grifo nosso)

Apesar de tal reconhecimento, não se corrobora com os posicionamentos que enquadram as deliberações participativas nos Conselhos como formas de participação direta dos cidadãos no Sistema de Saúde.

Tais espaços, nos moldes sob os quais se organizam atualmente, se identificam mais com a democracia representativa moderna do que

---

<sup>877</sup> Como é o caso da Assistência Social e sua organização aos moldes do SUS.

<sup>878</sup> Estão inseridos, por exemplo, dentre as boas práticas de participação cidadã em saúde citadas no livro dos autores espanhóis García e Gil (2011, p. 52-55).

com a democracia direta. Observando as peculiaridades da representação paritária no âmbito desses Conselhos e, assim, suas características participativas, considera-os como mecanismos de participação que se adequam ao que poderia denominar-se *democracia representativa alargada*, na qual se abre o espaço institucional para representação de interesses sociais por meio de outros atores que não os estatais.

No contexto e interpretação encontram-se *traços*<sup>879</sup> da abordagem de Bobbio (2000, p. 66-67; 2009, p. 156-157), citada no título 3.1, segundo a qual a ampliação do processo de democratização não consiste na passagem para novo tipo de democracia, mas sim na extensão das formas tradicionais da democracia para novos espaços diferentes daqueles da democracia política tradicional. Espaços que não se identificam com o Estado, mas que estão dentro dele levantando questões relativas ao pluralismo. Isso em modelo representativo, já que, para o autor, “mesmo os bairros são governados não pela assembléia dos cidadãos mas por seus representantes”.

Os dois parágrafos supracitados apresentam considerações que condizem com a identificação da representatividade como um dos grandes problemas a serem resolvidos no âmbito dos Conselhos, como visto anteriormente. O que deixa claro a instituição de modelo participativo que, por um lado, inova em relação à democracia indireta ou representativa ao prever a atuação de novos atores para a intermediação dos interesses da sociedade e do Estado, mas que, de outro, ao recorrer a categorias modernas e, especialmente, à representação como meio de manifestação da vontade da sociedade acaba enfrentando, sob novas vestes, problema identificado como típico da fase de transição paradigmática no tópico 1.2: a crise de representatividade e de legitimidade do Estado, do direito e, também, das políticas públicas.

Percebe-se que a representação por interesse nos Conselhos de Saúde, apesar de avançar em relação à representação política moderna, que se dá particularmente por meio do voto e dos partidos políticos<sup>880</sup>, segue lógica e orientação similar a essa. Aqui é importante recordar que a representação política e a própria representação da vontade geral são fruto da organização de modelo social tipicamente liberal e individualista que se estruturou em conformidade com a proteção da propriedade

---

<sup>879</sup> Fala-se apenas em traços já que a intenção não é tentar enquadrar os modelos dos Conselhos Gestores brasileiros à proposta teórica do autor ora mencionado.

<sup>880</sup> Temas que já foram abordados no tópico 1.1.

privada<sup>881</sup>. Configuração que contou com dois grandes sujeitos, o Estado e o indivíduo, com a dicotomia público x privado e da qual resultou, conforme já explicado no tópico 1.1 com base nos ensinamentos de Bonavides, a “engenhosa teoria do Estado liberal-democrático” e a exclusão da Sociedade do cenário jurídico-político, como explicado no tópico 1.3.

Assim, ainda que se considerem as peculiaridades da representação social nos Conselhos, as quais inserem novos formatos na relação de poder, seu funcionamento poderia ser comparado à sistemática representativa partidária, no sentido de que os Conselheiros de cada uma das classes – de usuários, de gestores e de prestadores de serviço em saúde – são eleitos para representar o interesse de sua classe no espaço deliberativo institucionalizado. Sob essa perspectiva, a crítica de Bonavides (2008, p. 278) à representação pode ser pensada também para esses espaços, considerando a especificidade de que a relação representativa dá-se entre conselheiros e usuários (sociedade) e não usuários e governante:

Vista pelo divórcio consumado entre a vontade governada – a vontade passiva da cidadania – e a vontade governante, ou seja, a vontade da elite hegemônica, a representação não só perdeu o sentido da identidade (a ficção da paridade volitiva de governantes de governantes e governados), dantes postulada de maneira abstrata, mas peremptória, como reconheceu e instituiu de forma efetiva uma dualidade em que, unicamente, a sua esfera de soberania (a vontade privilegiada do representante) se impõe enquanto caudatária do egoísmo dos seus interesses, os quais logram, assim, em dano óbvio da cidadania preterida, enfraquecida, menoscabada; a cidadania de que o representante é órgão.

Em verdade, tais constatações revelam situação paradoxal na qual a criação dos Conselhos gestores, e dentre eles os de saúde, ao mesmo tempo que emergem no contexto do novo constitucionalismo e de pro-

---

<sup>881</sup> O tema já foi examinado no tópico 1.1, oportunidade na qual se destacou que tanto a representação política quanto a vontade geral são construções teóricas que caracterizam, ao lado de outras, o jusnaturalismo do período que compreende os séculos XVII e XVIII.

postas participativas como alternativa para tentar contornar as crises<sup>882</sup> de legitimidade e representatividade no setor, acabam por padecer dos mesmos vícios que estão na base de tais crises. Isso porque a estruturação da deliberação em tais espaços de acordo com preceitos e categorias modernas condiciona e delimita a organização participativa ao modelo previsto para a realidade jurídica e política deste paradigma.

Além dessas considerações, que envolvem abordagem crítica acerca da democracia direta no âmbito dos Conselhos e que foram tecidas para responder aos questionamentos elaborados anteriormente, é importante lembrar que fora desses espaços existem outros mecanismos, que vêm sendo denominados instrumentos de participação direta ou semidireta, que podem ser utilizados no âmbito do SUS para viabilizar a participação da Sociedade nas políticas de saúde: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Entretanto, apesar de eles estarem previstos na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 14, o recurso a eles não consiste em prática comum para lidar com assuntos relacionados ao SUS e às suas políticas. Algo que não é particularidade do setor saúde.

Pereira (2008, p. 130) observa que, apesar da inserção de tais institutos de democracia direta na ordem constitucional, a “revolução participativa” e a consequente reforma institucional que se esperava surgir a partir de então não ocorreu. Ficou “circunscrita à margem da ação política, cujo *modus operandi* continuou, em sua grande maioria, a refletir a trilogia: *delegação, representação, controle político*”.

As audiências públicas também foram mencionadas no tópico 3.1 dentre as novas fórmulas de participação direta<sup>883</sup>. Elas têm sido utilizadas para diversos fins e no âmbito dos três poderes estatais para alcançarem-se diferentes objetivos. Atualmente não apresentam formato único. Têm regras distintas no âmbito de cada poder e, por vezes, em cada caso concreto.

Dois exemplos no âmbito do SUS podem auxiliar na ilustração de tal quadro: a Audiência Pública nº 4, do STF, convocada em 05 de março de 2009, com o objetivo de esclarecer questões técnicas, científicas, políticas, administrativas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde (BRASIL, 2009c, p. 1-2); a previsão de Audiência Públi-

---

<sup>882</sup> Conforme descrições elaboradas no tópico 3.1.

<sup>883</sup> Naquela oportunidade, referenciou-se a obra de Leal que coloca a audiência pública ao lado de outras duas fórmulas: os conselhos e o orçamento participativo.

ca<sup>884</sup> na Lei Complementar 141/2012<sup>885</sup> que, em seu artigo 31, parágrafo único, estabeleceu que “a transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de *audiências públicas*, durante o *processo de elaboração e discussão do plano de saúde*.” (grifo nosso). No artigo 36, § 5º, previu-se a Audiência para a prestação de contas<sup>886</sup> (BRASIL, 2012).

Tendo em vista que são os conselhos mencionados há pouco que viabilizam a interferência direta nos processos decisórios da área da saúde, não serão retomados no momento os demais canais de participação no SUS citados no tópico 3.2 como, por exemplo: os criados particularmente sob a orientação da Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa, como as ouvidorias e mecanismos de monitoramento e avaliação da gestão ou, ainda, os canais abertos pela inserção do Ministério da Saúde nas redes sociais como o *Facebook* e o *Twitter*.

Os exames elaborados até o momento em torno da democracia participativa no Sistema Único de Saúde, com ênfase na participação “comunitária” nos Conselhos de Saúde, permitem a constatação de que apesar dos avanços na área,

[...] não podemos afirmar que o setor saúde constituiu-se de fato das formas mais democráticas de decisão política, sendo necessário avançar em estudos que possibilitem uma análise mais precisa dos processos decisórios e das intermediações de interesses que envolvem o setor em pauta. (VIANA; BAPTISTA, 2008 p. 102)

---

<sup>884</sup> Essa Lei revogou o artigo 12 da Lei 8.689/1993 – o qual já havia sido alterado pela Lei 12.438/2011 –, que dispunha sobre a audiência pública. Artigo, no entanto, que não mencionava a utilização de tal instrumento para a elaboração dos planos de saúde. Dizia respeito à prestação de informações relativas à gestão da saúde (BRASIL, 1993a).

<sup>885</sup> “Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.” (BRASIL, 2012).

<sup>886</sup> § 5º O gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, o Relatório de que trata o *caput*. (BRASIL, 2012).



O presente trabalho visa contribuir para tais debates. No entanto, parte-se da constatação de que o caráter democrático das decisões no âmbito do SUS será viabilizado quando se ultrapassarem as propostas e ideias representativas, o que só será possível de se conceber sob a orientação do paradigma participativo descrito nos títulos 1.3 e 3.3.

Considerando o contexto ora esboçado em torno da participação no SUS, examina-se essa configuração frente às exigências, a lógica e os elementos do modelo participativo pós-moderno, já previsto pela Constituição de 1988.

O primeiro passo a ser dado nesse empreendimento consiste em recordar e reforçar que, de acordo com as notas preambulares deste título, o estudo a ser realizado envolve categorias pós-modernas inseridas no âmbito nacional pela Carta Magna de 1988: a saúde (arts. 6º e 196); o SUS (art. 198); os Conselhos de Saúde<sup>887</sup> (criados em virtude da previsão do art. 198, III), a participação direta (art. 1º, parágrafo único); o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, que são instrumentos para viabilizar a participação direta (art. 14, I, II, III); a audiência pública<sup>888</sup> (art. 58, § 2º, II).

---

<sup>887</sup> Saule Júnior (2002, p. 5), ao abordar os pressupostos constitucionais dos Conselhos, assevera que “a Constituição estabeleceu sistemas de gestão democrática em vários campos de atuação da Administração Pública, tais como: o planejamento participativo: mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, como preceito a ser observado pelos Municípios (art. 29, XXII); a gestão democrática do ensino público na área da educação (art. 206, VI); na gestão administrativa da seguridade social com a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados (art. 114, VI).”

O último exemplo condiz com as considerações de Carvalho (2007, p. 59; 63), tecidas no tópico 3.2 ao concluir que “não pode deixar de existir nos conselhos de saúde: a) usuários, entre os quais estariam obrigatoriamente os trabalhadores, empregados e aposentados; b) governo; c) prestadores de serviços; d) trabalhadores e profissionais de saúde”.

<sup>888</sup> Considera-se a previsão constitucional como propulsora da configuração de audiências públicas sob outros formatos e sob a coordenação de outros poderes do Estado. Não se esquece, no entanto, que a disseminação desse instrumento conecta-se, também, com as ideias e reformas administrativas de cunho neoliberal mencionadas no tópico 3.2.

Saule Júnior (2002, p. 7) considera que a garantia do artigo 58, § 2º, é garantia também prevista nos legislativos estaduais e municipais. Para ele, o “mandamento extraído destas normas é das audiências e consultas públicas poderem ser solicitadas pelos cidadãos, associações representativas da sociedade sobre assuntos referentes à política urbana perante os entes federa-

Pretende-se esclarecer, como já afirmado, que a atual participação “comunitária” no SUS, especialmente por meio dos Conselhos, não se ajusta ao modelo participativo pós-moderno, ideal para o exercício do direito coletivo à saúde<sup>889</sup>.

Essa inadequação comprova a necessidade de (re)estruturação do modelo jurídico e político moderno que ainda impera no setor saúde em plena pós-modernidade. A nova ordem exige o resgate da atuação da Sociedade enquanto coletividade com capacidade de manifestação jurídica<sup>890</sup> e, conseqüentemente, que instrumentos participativos no setor saúde funcionem e se operacionalizem sob a lógica da complexidade e da participação direta.

No título 3.1, verificou-se a existência de variedade de teorias e propostas acerca do tema participação na pós-modernidade. Propostas que, sob as diferentes adjetivações, conectam o tema à ideia de democracia participativa e, particularmente, à de participação direta. Entretanto, apesar da importância e inovação de tais análises, elas ainda estão orientadas pelas categorias modernas, e, por isso, acabam tratando a superação da dicotomia Estado x indivíduo/(sociedade de indivíduos) e propondo novas relações de poder entre tais sujeitos sem superar a grande manobra moderna direcionada pela lógica proprietária: a exclusão da Sociedade do cenário jurídico e político. Do que resultam iniciativas que não proporcionam a superação da inadequação supramencionada.

O SUS comporta a dimensão coletiva pós-moderna do direito à saúde. Não pode, por isso, ser tratado com o instrumental moderno. Deve-se ter em vista que ele

[...] não é uma pessoa jurídica, nem se confunde com seus entes e órgãos públicos isolados. É um Sistema. **Inclui público-estatal, serviços privados e coletivo social** em função do atendimento integral à saúde de todos. O atendimento implica *não* regras de *Direito Administrativo tradicional*, e

---

tivos da União, Estados e Municípios e nos Poderes Executivo e Legislativo no âmbito federal, estadual e municipal”. Além disso, o autor considera que “a Audiência Pública como instrumento de participação popular na Administração Pública, tem como fundamentos o princípio constitucional da publicidade e os direitos do cidadão à informação e de participação.” (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 7).

<sup>889</sup>

Descrito nos tópicos 1.3 e 3.3.

<sup>890</sup>

A mesma constatação pode ser estendida para as Conferências.

*sim procedimentos de exercício de direito coletivo: SUS atua como SUS, que é mais do que Estado. Por isso, fica em dificuldades o juiz que ignorar esse aspecto e procurar enfrentar o SUS pela via da judicialização tradicional, tentando garantir direitos sociais fundamentais a um indivíduo, contra um órgão qualquer dos entes estatais participantes.*<sup>891</sup> (PILATI, 2011, p. 141, grifo nosso)

O exercício do direito coletivo à saúde exige que *a participação no SUS* corresponda a esses requisitos da República Participativa. Torna-se necessário ultrapassarem-se as limitações que condicionam as leituras e propostas atuais sobre a temática. Trata-se, da mesma forma que verificado no tópico 3.3, e partindo do resgate do coletivo ali apontado, de livrar-se das amarras modernas quando esteja em foco o direito coletivo à saúde e o SUS.

Isso indica a necessidade de novo tratamento teórico e prático para todos os instrumentos e espaços participativos acima listados. Tratamento que deve partir do reconhecimento da saúde como bem coletivo próprio que, sob tal perspectiva, apresente *a participação direta da Sociedade personalizada como elemento inerente* das relações no âmbito do Sistema de Saúde e, também, de todas aquelas que, mesmo fora dele, o envolvam.

As explicações elaboradas no tópico 3.3 sobre a necessidade de se resgatar o coletivo permitiram a constatação de que o panorama atual lida com categorias pós-modernas fundando-se no arsenal teórico e prático do paradigma moderno, o qual já não serve para orientar o direito, o Estado e a política em tempos de complexidade. Isso porque o quadro jurídico-político simplificador e reducionista, o qual teve como eixo central a propriedade privada do Código Civil, não alcança e nem se adapta às novas propriedades inseridas pela Constituição, as propriedades extrapatrimoniais coletivas que são de toda a sociedade e que, por isso, devem ser exercidas e tuteladas por meio de instrumentos e mecanismos que consigam resgatar a Sociedade enquanto sujeito personalizado capaz de ser ator em situações nas quais estejam em questão os bens coletivos.

Naquele tópico, esclareceu-se que a tarefa de retomada do coletivo ocorre em três planos: *o dos bens*, com a inclusão do bem coletivo

---

<sup>891</sup> Cenário analisado no título inicial deste capítulo.

propriamente dito na ordem jurídica, ao lado dos bens públicos e privados; *o dos sujeitos*, com a (re)inserção da Sociedade enquanto sujeito de direito ao lado do Estado e do indivíduo; o dos *processos*, com a criação de mecanismos *próprios* e condizentes com a atuação da Sociedade repersonalizada para o exercício e tutela dos bens coletivos. Mudança que envolve a autonomia do bem coletivo, a sua titularidade e os seus processos.

Como já explicado nos títulos 3.1 e 3.3, essa transformação não se alcança por meio do recurso às categorias, teorias e práticas modernas. Nesse modelo não se encontram nem a solução para as questões postas pela pós-modernidade nem os *elementos* nos quais se fundamentar para prescrevê-la.

Ao direito atual falta – na sua configuração obstinada “de Modernidade – um modo adequado de lidar com o coletivo, em seu exercício e em sua tutela. O reconhecimento de autonomia aos direitos coletivos fundamentais resolve esse problema, democratizando, inclusive, o poder jurisdicional e o processo.” (PILATI, 2011, p. 164).

Por isso, na pós-modernidade brasileira não basta reconhecer o direito de todos à saúde<sup>892</sup> tomando-se por base o texto constitucional. É necessário garantir-lhe autonomia e reconhecer, consequentemente, a sua dimensão coletiva nos três planos – bens, sujeitos e processos.

José Isaac Pilati apresenta os *elementos para a construção da nova ordem e, assim, do processo participativo pós-moderno* com base nas lições da Roma Republicana, conforme análises do título 1.3. O autor apresenta lições que permitem a compreensão da abrangência das novas categorias inseridas no plano jurídico pela Constituição Federal de 1988. Ao Concluir a obra *Propriedade e função social na pós-modernidade* o autor assim dispõe:

Até quando se vai conviver com instituições políticas e jurídicas inadequadas a enfrentar os desafios da Pós-Modernidade? Esse é o problema que desafia o jurista contemporâneo. [...] Por outro lado, *como seria este desenho*, do arcabouço institucional da Pós-Modernidade? Ai estão as preocupações deste livro. *Percebe-se que a CRFB já reúne os elementos da futura ordem*, mas por alguma razão não se consegue avançar e superar de vez a Modernidade. Seria falta de teoria? (PILATI, 2011, p. 167, grifo nosso)

892

Reconhecimento citado, especialmente, nos títulos 1.2, 2.1 e 4.1.

Com base no contexto apresentado acerca da participação atual no SUS e partindo dos ensinamentos de Pilati e dos elementos que ele indica a partir da Constituição de 1988, observar-se-ão os *fundamentos* para se idealizar a estrutura do processo participativo próprio capaz de possibilitar o exercício do direito coletivo à saúde provindo do SUS<sup>893</sup>. Processo que visa à atuação e expressão jurídica da Sociedade enquanto sujeito de direito que deve ser (re)incluído na classificação jurídica, junto de seus bens e processos. Isso porque na dimensão dos bens coletivos a participação direta é elemento natural<sup>894</sup>.

A idealização dessa nova estrutura afeta e exige a (re)configuração dos espaços e mecanismos participativos existentes. Isso significa que os processos coletivos concernentes ao direito à saúde e ao SUS, no nível de qualquer um dos três poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem fugir à lógica adversarial<sup>895</sup> para serem democratizados. Alteração que envolve, como já explicado no tópico 3.3, a (re)definição de papéis e funções tanto do Estado quanto dos demais interessados (PILATI, 2011, p. 3, 160)<sup>896</sup>.

Dedicar-se-á à abordagem geral e exemplificativa sobre tal alteração para destacar e explicar, como já mencionado, os fundamentos para o novo desenho participativo para o Sistema Único. Para tanto, serão levados em consideração a atuação dos três poderes do Estado e não haverá pretensão de tratar separadamente cada um dos mecanismos constitucionais de participação referenciados nas páginas precedentes.

No tópico seguinte, com base no alicerce aqui construído, o exame se restringirá ao círculo do poder executivo. Isso porque o exercício do direito coletivo à saúde a partir do Sistema Único se enquadra no *nível* desse poder. O que se dá, especialmente, fundando-se nas atividades de formulação das políticas, hoje a cargo dos Conselhos de saúde, nos termos explicados no título 3.2. Colegiados que são considerados o *locus* do embate político e o espaço de maior relevância para a participação social no SUS.

Destaca-se que os processos que envolvem o direito coletivo à saúde e, assim, o SUS, deverão apresentar, como todos os demais processos relativos a bens coletivos, os seguintes atributos: a) quem delibe-

---

<sup>893</sup> Conforme menção feita no início deste tópico.

<sup>894</sup> Como já se havia afirmado nos tópicos 1.3 e 3.3.

<sup>895</sup> Lógica correspondente com a ordem proprietária moderna descrita no título 1.1.

<sup>896</sup> Passagem já mencionada no tópico anterior.

ra é a sociedade; b) as deliberações da sociedade conduzidas pela autoridade, seja ela eleita ou designada; c) o efeito coativo da deliberação depende de homologação ou do Parlamento, ou da autoridade competente do Executivo ou do Juiz da causa (PILATI, 2011, p. 130; 117-118)<sup>897</sup>. Homologação diferente daquela que se dá nos moldes atuais e que se enquadra em novos papéis e em nova estrutura.

São características que refletem as lições da Roma Republicana, como explicado no tópico 1.3, onde o poder de soberania do *populus* se articulava e se equilibrava com os poderes de *imperium* dos magistrados e de *auctoritas* do Senado. Modelo no qual os três elementos e sua atuação conjunta e coordenada conformavam a própria realidade social sob uma estruturação no qual: o *populus* atuava diretamente como ator social, com função de deliberar sobre os assuntos que envolviam as *res publicae*, sempre sob a convocação e condução do magistrado competente, que tinha a função de orientar o processo deliberativo, sendo que a eficácia das suas deliberações dependia da ratificação do Senado, o qual possuía a função de direção suprema do poder público.

Essas qualificações evidenciam que na pós-modernidade não cabe mais ao Estado autocrático, seja por meio do poder de polícia, das políticas públicas ou mesmo do poder judicial e normativo, decidir sozinho as situações que digam respeito ao exercício e defesa da saúde coletiva e do SUS.

No novo cenário político-jurídico de tratamento dos bens coletivos, o papel do ente Estatal, ficção criada na modernidade, deve ser repensado de modo a introduzir novas interpretações e práticas que ultrapassem considerações que seguem no sentido abaixo exposto:

[...] é na dimensão política de nossas sociedades que se verificam os processos de tomada de decisão e *imposição para a sociedade pelo poder do Estado e de determinadas diretrizes de ação e organização setorial sobre outras*. [...]. Dessa forma, *cabe ao Estado, locus por excelência o exercício o poder, gerir a sociedade de forma que preserve a segurança dos cidadãos, portanto a ordem, bem como as condições para que a sociedade se reproduza e se desenvolva de forma que sempre responda da maneira mais adequada possível ao bem geral e ao interesse público*. Em con-

897

Citação referenciada, também, no capítulo 3.

seqüência, tem-se que, na esfera da política, o exercício sempre presente é o da disputa, dentro de determinadas regras do jogo estabelecidas, acordadas socialmente, *e reconhecidas pela sociedade como legítimas*, entre interesses particulares de distintos grupos sociais para que sejam estes contemplados pelas decisões políticas, *e assim impostos à sociedade*; e ainda, que nesse processo se configurem como interesses gerais para a sociedade como um todo, portanto não como o interesse de um determinado grupo específico, *mas como um bem público, respondendo ao interesse de todos*. É nessa arena da disputa política, portanto, que se dá a constante disputa entre interesses individuais e interesses de grupos, ou de determinados segmentos da sociedade, no geral pautados pela visão (correta do seu ponto de vista) de curto prazo, e os interesses gerais, no geral pautados pela visão (inerente ao Estado) de médio e longo prazo. (COHN, 2008, p. 221-222, grifo nosso)

Além da crítica em relação à centralidade que se dá nessa asseveração ao papel do Estado na condução e imposição de decisões políticas voltadas para alcançar-se o bem geral em determinado setor, dela também podem ser extraídos alguns pontos essenciais para se pensar e conceber a estruturação do processo coletivo próprio no SUS. São eles: a) a importância do espaço institucionalizado como *locus* privilegiado de exercício do poder<sup>898</sup>; b) a ideia de que a esfera política envolve, sempre, disputa de interesses e regras do jogo. Pontos a serem retomados particularmente no tópico seguinte.

---

<sup>898</sup> A autora destaca que: “As sociedades contemporâneas identificam, como *locus* por excelência dos processos políticos nas sociedades o Estado, com suas instituições, embora não seja este o espaço exclusivo do exercício da política. Mas é esta a instância da sociedade – em seus distintos níveis, federal, estadual e municipal, no caso brasileiro – que detém o monopólio dos instrumentos para a formulação e sobretudo a implementação das políticas de saúde, seja no que diz respeito à definição de prioridades a serem contempladas pelo Estado na área da saúde, à definição das formas de como implementá-las. De que mecanismos e de quais instrumentos lançar mão, que público alvo priorizar, a que fontes de financiamento recorrer.” (COHN, 2008, p 224).

Cohn (2008, p. 244-245) não deixa de considerar, em outra passagem<sup>899</sup>, a importância da participação da sociedade para que os direitos sociais se constituam em realidade com marcas de maior justiça social. Ela afirma que sob esse aspecto a sociedade não substitui nem o Estado nem o mercado. No entanto, em seu exame a sociedade, os seus interesses e direitos continuam sob a condução, exercício e proteção estatal. Considera que “é o Estado a única instância da sociedade que detém os instrumentos legítimos e competentes para redistribuir de forma efetiva as riquezas socialmente produzidas, dentre elas ‘a atenção à saúde como um direito de todos e um dever do Estado’.”

Esse problema é comum das abordagens atuais sobre a participação social em geral e, particularmente, no SUS: reconhecem a sua necessidade e importância, mas não concebem a Sociedade personalizada. Amarram-na, ainda, à intermediação de interesses por meio da representação e acabam, assim, por não lhe oferecer espaço e instrumentos próprios de atuação que coexistam e se equilibrem com o espaço público e o privado. Os conselhos de saúde relativizam a presença e o voluntarismo do Estado na formulação das políticas do setor, mas não alteram a lógica representativa e dicotômica.

Observações nesse sentido não sinalizam propostas para a substituição de atores, espaços e processos. Indicam, isto sim, a necessidade de se refletir e instaurar a convivência e equilíbrio entre os elementos que foram criados para o modelo jurídico-político moderno e aqueles que estão se firmando no seio do paradigma pós-moderno e participativo.

Nesse sentido, como já afirmado, não se trata de eliminar a *velha propriedade* e o *velho Estado* quando estiver em questão o SUS e as suas políticas. Mas sim de dar-lhes nova definição e estrutura para que atuem de forma simultânea com *os elementos da nova ordem social*, baseados no equilíbrio entre o privado (indivíduo), o público (Estado) e o coletivo (Sociedade) (PILATI, 2011, p. 19, 20).

Como se daria esse funcionamento em casos concretos? Ou, em outras palavras, quais seriam as alterações provocadas pela estruturação dos processos coletivos da nova ordem social ao lado dos processos tradicionais *que envolvem o SUS* nos planos legislativo e judiciário e, especificamente, nos processos participativos administrativos que já existem no âmbito do Sistema?

Tendo em vista as considerações já esboçadas acerca dos elementos da ordem participativa pós-moderna e da orientação geral para os pro-

---

<sup>899</sup>

E também em outras obras.



cessos coletivos próprios, apresentar-se-ão respostas para tais questionamentos com base nos exemplos de processos coletivos que José Isaac Pilati cita no livro *Propriedade e função social na pós-modernidade*.

Apesar de os casos analisados no âmbito do poder legislativo e administrativo não se voltarem especificamente para questões que envolvem o SUS, eles auxiliam na identificação de elementos, conceitos, desenhos, instrumentos e práticas que, também com as análises em torno dos limites da participação “comunitária” atual, consistirão nos *fundamentos* para se idealizar a nova estrutura para o exercício do direito coletivo à saúde no contexto do Sistema Único e de suas políticas.

O Sistema Único aparece como caso exemplar para a análise do processo pós-moderno em nível judicial. Pilati (2011, p. 141-142) explica que sob o novo paradigma as demandas que envolvam o Sistema exigirão *novo papel do juiz*. Sua grande função consistirá em fazer com que o SUS funcione como SUS. Ou seja, que esteja de acordo com sua natureza jurídica de bem que, por ser comum a todos, pertence não somente aos usuários e autoridades de Saúde, mas também ao Judiciário em sistema de condomínio, como já mencionado no título 3.3.

Ao juiz caberá, então, garantir a realização do *processo coletivo próprio*<sup>900</sup> que viabilize a participação das autoridades de saúde – aí incluídas as federais, estaduais e municipais –, da comunidade e do interessado e/ou seu(s) representante(s) nas deliberações sobre o caso concreto. Deliberações no procedimento que caberão às autoridades e à comunidade (Sociedade) junto ao interessado e não ao juiz. Nesses casos o papel do juiz se assimila àquele que era desempenhado pelos pre-

---

<sup>900</sup> Para discorrer sobre tais processos e para identificá-los como coletivos próprios é importante ter em vista que: “A advento dos interesses e direitos difusos realizou uma apropriação de termos estratégicos como: *ação coletiva*. Desde as Leis 7.347/85 (ação civil pública) e nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), fala-se de ação coletiva em sentido estrito, e individuais homogêneos. Não se cogita, ainda, no Brasil, da existência do outro processo, o participativo pós-moderno. *São espécies do mesmo gênero, complementares, mas distintas quanto à natureza*, partes, objeto, fim e procedimento. Cumpre distingui-los em processo coletivo impróprio (difuso) e próprio ou propriamente dito.” Nesse sentido, “quanto à natureza, porque o processo difuso impróprio persegue responsabilizar infratores por danos cometidos contra consumidores ou bens coletivos; é adversarial. Já o coletivo próprio volta-se ao exercício de direito coletivo, procurando solução de consenso; é inclusivo e construtivo. No processo impróprio existem partes, no processo próprio existe sujeito coletivo, que é a Sociedade – cidadãos e autoridades.” (PILATI, 2011, p. 143, grifo nosso).

tores romanos<sup>901</sup>: ele não decidirá a lide. Apenas conduzirá os debates e, ao final, homologará o que for deliberado pelos sujeitos competentes para tal<sup>902</sup>: Sociedade, interessado e autoridades de saúde. Reforça-se que nesse cenário todos os sujeitos, e até mesmo o juiz, são titulares do bem coletivo. Aí que o juiz terá o papel de fazer com que o direito da parte seja exercido na forma constitucional e legalmente prevista (PILATI, 2011, p. 141-142; 139; 126; 129).

No cenário apresentado, “a democratização do processo perante a dimensão constitucional participativa pós-moderna exigirá do Judiciário – não ativismo voluntarista autoritário, mas – intensa atividade no plano do *ius edicendi*”<sup>903</sup>. O juiz deverá ter como rotina a *composição prévia* de conflitos da área da saúde, a ser concretizada *por meio de parceria com os demais elementos do sistema e não de forma normativa unilateral*. Trata-se de característica típica da jurisdição pós-moderna que lida com bens coletivos (PILATI, 2011, p. 142, grifo nosso) e que, por isso, apresenta decisões que são construídas de forma coletiva, participativa e inclusiva<sup>904</sup> (SILVEIRA, 2011, p. 38).

---

<sup>901</sup> Conforme já explicado no tópico 1.3.

<sup>902</sup> “Com a compreensão do leitor, volta-se à lição romana para concluir a questão do SUS. O Judiciário romano funcionava não com juízes togados, mas como um grande sistema arbitral do povo romano, sob comando e ordenação processual de um magistrado eleito diretamente, chamado pretor: era a *ordo iudiciorum privatorum*. O pretor não julgava, mas ordenava os trabalhos da jurisdição, duplamente. Pelo *edictum*, baixado com a investidura, previamente; e depois, balizando a lide – fatos, pedido, resposta, exceções – pela elaboração da fórmula, um roteiro procedimental, encaminhado ao *iudex* (questão simples), ou *arbitri* (casos complexos).” (PILATI, 2011, p. 144-145). Conforme já mencionado no título 1.3.

<sup>903</sup> Nesse sentido recorda-se que: “É a questão do contraponto romano: uma coisa era a lei popular referendada pelo senado, e os costumes maiorum como fontes do Direito; outra coisa, paralela e independente, era o *ius edicendi* da jurisdição, nas mãos do pretor, ou enfim, de magistrados eleitos. Então, a resposta é positiva, a jurisdição legisla de modo peculiar, quando o regime político é de democracia direta. A abordagem do professor florentino não está fulcrada nesse contexto, mas no paradigma representativo, da Modernidade; preocupada com a criatividade da função jurisdicional ou a produção do direito por obra dos juízes – frente ao parlamento moderno.” (PILATI, 2011, p. 154).

<sup>904</sup> Conforme explicado no tópico anterior e que pode ser compreendida nos seguintes termos: “Da mesma forma que na arbitragem delibera-se com as partes sobre os atos procedimentais, no exercício e tutela de direitos coletivos também todos são condôminos e constroem a decisão. Decisão que,

A atuação do juiz sob essa nova perspectiva coincide, então, com aquelas situações nas quais o *populus* romano era considerado como sujeito da relação jurídica e, assim, ator no processo popular movido para tutelar a *res publica*<sup>905</sup>. Isto indica, para o exemplo ora analisado, que

[...] a questão dos medicamentos excepcionais do SUS deve resolver-se *em processo participativo, que estabeleça a estrutura de SUS para tramitação dos pedidos*. Uma estrutura que defina o papel de cada um dos órgãos envolvidos: SUS, Judiciário, MP, Advogados – e o procedimento. Perante o SUS cria-se Comissão Técnica encarregada de receber e apreciar os pedidos como porta única de entrada de todo o sistema; *definem-se, em Convênio, os requisitos para pleitear o direito e a tramitação técnico-burocrática*. O assunto avança ao Judiciário se surgirem controvérsias (PILATI, 2011, p. 150-151, grifo nosso).

De acordo com essa visão, que toma o SUS na qualidade de instituição da República Participativa e que evidencia que ele não pode mais ser tratado como mero “órgão administrativo do velho Federalismo, da ordem anterior a 1988” (PILATI, 2011, p. 140), é possível encontrar alternativa à denominada judicialização da saúde, citada tanto no capítulo 2 quanto no tópico anterior<sup>906</sup>. Nesse sentido, verifica-se a possibili-

---

por isso, não será autocrática, nem será uma medida burocrática impessoal. Decisão de juiz integrado ao sistema, sentindo-se responsável por ele como um todo. Porque o exercício dos direitos coletivos tem – como arena – a ágora de República Participativa, cuja perspectiva é nacional e universal, sempre que o objeto em jogo seja coletivo. Não se persegue uma resposta jurídica por subsunção, mas uma deliberação coletiva que busca consenso e solução.” (PILATI, 2011, p. 142-143).

905

906

Como já explicado no tópico 1.3.

Além das questões levantadas sobre o Judiciário frente ao SUS, José Isaac Pilati lembra que esse poder deve agir, ainda, de forma articulada e compartilhada com elementos que integram o sistema. A autora da tese, em artigo com Cademartori, também mencionou a questão da necessidade de articulação e compartilhamento do Judiciário com os outros elementos do sistema. O que significa a interação com outros poderes: especialmente o Executivo e o Legislativo. No entanto, naquela oportunidade o SUS e a saúde não foram abordados como bens coletivos, no sentido ora proposto (CANUT; CADEMATORI, 2011).

dade de desjudicializar demandas em torno de medicamentos excepcionais mediante a concepção de “ordem jurídica participativa do SUS” que “congregue, convenie e defina as funções de cada órgão da República: integrando e conformando cada um deles ao e no Sistema, de acordo com os princípios, diretrizes e fins do SUS” (PILATI, 2011, p. 142).

Essas transformações, que indicam a produção do direito no contexto de novo paradigma jurídico-político, evidenciam que “Direito novo não mora na casa velha, do momento histórico anterior representativo, em que o Judiciário era colocado do lado de fora da vida, para intervenção heterônoma” (PILATI, 2011, p. 142).

No que diz respeito à concepção de processo coletivo legislativo em matérias relacionadas ao direito coletivo à saúde e, de forma geral aos bens coletivos extrapatrimoniais, parte-se do exemplo do *Plano Diretor*, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, que foi instituído pelo *caput* do artigo 40 da Lei 10.257/2001<sup>907</sup>.

Nesse dispositivo consta que o Plano Diretor será aprovado por lei municipal e que no processo de sua elaboração e fiscalização, nos termos do § 4º do citado artigo, deverão ser garantidos pelos Poderes Legislativo e Executivo municipais:

I – a promoção de *audiências públicas e debates com a participação da população* e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. (BRASIL, 2011, grifo nosso)

---

Nas palavras de José Isaac Pilati (2011, p. 145): “Não é só no plano do *ius edicendi* que o Judiciário é desafiado, mas também no plano da articulação e do convênio com outros órgãos com os quais compartilha a interação no sistema: autoridades de saúde, Conselhos, Ministério Público, Ordem dos Advogados, enfim, os entes que compõem a *estrutura da solução*. Cumpre a eles, com a participação comunitária, estabelecer a porta única de entrada do sistema, em complexidade crescente, também para os pleitos de medicamentos excepcionais. Esses órgãos, capitaneados pelas autoridades da jurisdição e do SUS, cometem inconstitucionalidade por omissão se não exercerem essa função.”

<sup>907</sup>

Lei que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.” (BRASIL, 2001).

Além das audiências públicas e dos debates com a população, destacam-se outros instrumentos, estipulados no plano legal, para o exercício do direito coletivo por meio da elaboração do Plano Diretor. O artigo 4º da Lei em pauta lista alguns exemplos e José Isaac Pilati (2011, p. 132) menciona os seguintes:

[...] os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social do Município; o planejamento regional e municipal, o zoneamento ambiental, o estudo de impacto ambiental e o estudo de impacto de vizinhança; o referendo popular, o plebiscito e a audiência pública; os debates, consultas públicas, conferências e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbanos e órgãos colegiados de política urbana em todas as esferas da Federação.

Apesar de referir-se a todos esses instrumentos, o autor enfatiza tratarem-se de procedimentos a serem regulamentados. A ênfase explícita a intenção de fornecer-lhes tratamento adequado, para além dos preceitos modernos, para que eles possam assumir as peculiaridades dos processos coletivos próprios. Outra não poderia ser a conclusão diante da afirmação do autor de que “tais instrumentos, tendo em vista as normas e a hierarquia do ordenamento, precisam ser ajustados à realidade da Sociedade, sob devida coordenação participativa”. E de que “devem ser como uma roupa sob medida” (PILATI, 2011, p. 132-133).

Sem pretensão de detalhar o exemplo citado, destacam-se algumas questões que se tornam peculiares no *tratamento pós-moderno e participativo*: no processo de aprovação do Plano Diretor a Câmara dos vereadores assume papel diferente do tradicional. Ele assemelha-se àquele que o Senado Romano desempenhava em função de sua *auctoritas*: “aprova ou rejeita o projeto da instância popular, mas não toca no conteúdo, que é da alçada do processo participativo. Rejeitado, rediscute-se e na pior das hipóteses, submete-se a referendo popular o projeto, na forma do Estatuto da cidade.” (PILATI, 2011, p. 131).

Além disso, a autoridade a conduzir o processo participativo não deve ser o prefeito ou órgão administrativo municipal. Deve ser autoridade selecionada, ou seja, eleita em Assembleia Popular, a quem seja conferido poderes para colocá-la acima do Estado, dos indivíduos e da Sociedade quando se tratar da condução do processo. Do que reflete a lição romana segundo a qual o Senado não presidia os comícios. Ao

executivo municipal não caberá mais a postura inicial ira de poder autocrático. Deverá atuar de modo a possibilitar a realização do processo participativo, fornecendo informações, dados e providências de caráter técnico, dentre outras iniciativas necessárias para o desenrolar do processo (PILATI, 2011, p. 133).

Dessas observações ganham vulto os questionamentos do autor referenciado acerca de como se estruturarão, de como se configurarão tais instrumentos de participação nos processos. Destacam-se algumas das questões colocadas: em relação a audiências públicas, qual será o seu procedimento, e “como se dará eficácia às deliberações? Os pontos mais importantes serão submetidos a referendo? Que tipo de consulta – por via eletrônica ou presencial em assembleia? Convém requisitar a TV aberta e o rádio, como se fazem com os horários eleitorais em geral?” (PILATI, 2011, p. 132-133).

Apesar de não haver exemplo no setor saúde que corresponda ao Plano Diretor e tendo em vista, ainda, que os planos de saúde são de competência administrativa, sem exteriorização sob o formato legal, as transformações atinentes à produção de leis que disponham sobre tal direito coletivo podem ser pensadas de experiências promovidas no âmbito das Comissões de Legislação Participativa – CLP<sup>908</sup> – em nível Federal, Estadual e Municipal<sup>909</sup> – que têm recorrido às audiências públicas para debater leis<sup>910</sup> (BRASIL, 2008; BRASIL, 2011d).

---

<sup>908</sup> “Em 2001, foi criada uma nova Comissão Permanente na Câmara dos Deputados: a Comissão de Legislação Participativa. Não se trata de mais uma Comissão, trata-se de um fórum por meio do qual a sociedade civil organizada poderá intervir diretamente no sistema de produção das normas e das leis, apresentando sugestões para o aperfeiçoamento da legislação já existente ou para elaboração de novas normas.” (BRASIL, 2011d, p. 13).

<sup>909</sup> No âmbito de alguns estados e municípios que podem ser verificados no *site* da Câmara dos Deputados em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/clps-nos-estados-e-municipios>>. Acesso em: jul. 2012.

<sup>910</sup> No dia 18 de junho de 2012 foi divulgada notícia, por exemplo, de audiência para debater saúde bucal: “Legislação Participativa vai debater saúde bucal dos brasileiros de baixa renda. A Comissão de Legislação Participativa vai promover uma Audiência Pública para discutir a situação da saúde bucal dos brasileiros de baixa renda. O evento atenderá ao requerimento de autoria da deputada Luiza Erundina (PSB-SP) que visa debater mecanismos para ampliar os avanços na saúde bucal a todos os segmentos sociais, principalmente, às classes mais baixas.” (Disponível no *site* da Câmara dos Deputados em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/>>

No entanto, o contexto pós-moderno de formulação de leis sobre saúde coletiva e o SUS exigem que o processo participativo e o instrumento *audiência pública* – assim como os mecanismos relativos ao Plano Diretor – sejam (re)estruturados para se adequarem aos requisitos do novo paradigma<sup>911</sup>. O que se deve fazer com base nas lições romanas com intuito de alterar os papéis e o próprio processo de participação nas audiências, que devem se desenrolar em espaço institucionalizado e próprio.

Em nível administrativo, toma-se o exemplo dos procedimentos de licenciamento de organismos geneticamente modificados – OGM – que se identificam como atividade econômica de risco à saúde e ao ambiente<sup>912</sup> – para se pensar uma gestão pós-moderna das políticas de saúde e dos demais processos no SUS (PILATI, 2011, p. 136). O caso em exame envolve dois bens coletivos de titularidade da Sociedade: a saúde e o ambiente. Em virtude disso, exige processo coletivo próprio<sup>913</sup>. Para a configuração dos procedimentos administrativos pós-modernos nessa seara, deve-se ter em conta que,

---

comissoes-permanentes/clp/noticias/legislacao-participativa-vai-debater-saude-bucal-dos-brasileiros-de-baixa-renda>. Acesso em: jul. 2012.

<sup>911</sup> Uma (re)estruturação que fica ainda mais evidente se forem observados quais são, de acordo com a “Cartilha de orientação para o exercício do direito de participação junto ao Poder Legislativo”, os sujeitos que podem apresentar sugestões legislativas: “• Organizações Não governamentais – ONGs; • Associações e Órgãos de Classe; • Sindicatos; • Entidades da Sociedade Civil, exceto Partidos Políticos; • Órgãos e Entidades de Administração Direta e Indireta, desde que tenham participação paritária da sociedade civil.” (BRASIL, 2011d, p. 14).

<sup>912</sup> José Isaac Pilati (2011, p. 136) cita os exemplos da mineração e extração de petróleo como outras atividades econômicas de risco à saúde e ao ambiente.

<sup>913</sup> Para o autor em referência, “o caso dos OGM serve para demonstrar, por todos os demais, como as autoridades representativas, de modo geral parece não se darem conta de que a participação popular é elemento indispensável, não só à validade dos processos, como condição para a tutela dos bens e da segurança coletiva.” (PILATI, 2011, p. 136). Na análise ele cita a observação de Patrick de Araújo Ayala, de que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio não oferece oportunidade de intervenção coletiva nos processos de licenciamento de OGM, o que estaria violando a própria Lei 11.105/05, que costuma ser denominada de Lei de Biossegurança, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal.

[...] tanto na elaboração das normas para pesquisa, atividades, projetos, estabelecimentos pertinentes a OGM e derivados (art. 14, incisos da Lei nº 11.105/2005), como nos processos de licenciamento, caso a caso, *deve estar assegurada a participação da Sociedade, não só por representantes nos colegiados*, mas no espaço de agora: *audiências públicas, consultas públicas, debates públicos. Sem audiência pública qualquer norma de licenciamento é inconstitucional e qualquer procedimento será ilegal*. É na audiência pública que se levantam os riscos, estabelecem as restrições e se preveem as garantias, no caso concreto. (PILATI, 2011, p. 138, grifo nosso)

A configuração atual para o licenciamento de OGMs não se adapta a tais exigências. A lei ora mencionada criou Conselho representativo que ampliou a possibilidade de participação nos procedimentos ao prever que sua constituição contará com “27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente”<sup>914</sup> (BRASIL, 2005a). Entretanto, essa estrutura não garante a participação social.

O instrumento legal chegou a dispor sobre a participação social: previu a possibilidade de realização de audiências públicas com participação da sociedade civil no artigo 15<sup>915</sup>. O conteúdo desse dispositivo foi retomado no Decreto 5.591/05, que regulamenta a Lei 11.105/2005.

<sup>914</sup> José Isaac Pilati (2011, p. 137, grifos do original) chama atenção, ainda, para o fato de que “o licenciamento de organismos geneticamente modificados – OGM é competência da CTNBio, **mas o** Conselho Nacional de Biossegurança – **CNBS**, composto por onze Ministros (art. 9º), órgão de assessoria da Presidência à formulação e implementação da política nacional de biossegurança – PNB, **pode avocar** quaisquer autos e decidir em última instância (art. 8º, *caput* e § 1º). Pode esse Conselho dispensar a participação?”

<sup>915</sup> **Art. 15.** A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento. **Parágrafo único.** Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que comprovem interesse relacionado à matéria, na forma do regulamento. (BRASIL, 2005a)



O artigo 43 do Decreto estabeleceu que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – “CTNBio *poderá* realizar audiências públicas, garantida a participação da sociedade civil, que será requerida: I – por um de seus membros e aprovada por maioria absoluta, em qualquer hipótese; II – por parte comprovadamente interessada na matéria objeto de deliberação e aprovada por maioria absoluta, no caso de liberação comercial” (BRASIL, 2005b, grifo nosso).

Apesar da previsão na Lei e da regulamentação por via do Decreto, a realização da Audiência ficou condicionada à decisão da CTNBio. Dessa forma, nos termos ora mencionados, é essa Comissão quem irá decidir se haverá ou não a Audiência e, consequentemente, a participação. Além desta, coloca-se outra questão: de se identificar em que sentido o termo *sociedade civil* é abordado em tais dispositivos. Tema que envolve variadas interpretações, como se pôde analisar no tópico 3.1.

Em dezembro de 2006, o juiz Federal do Paraná, Nicolau Konkell Júnior, teceu importantes considerações ao acolher o pedido de liminar em Ação Civil Pública<sup>916</sup> para suspender andamento de processo administrativo em trâmite diante da CTNBio “[...] para a liberação do registro, uso, testes e comercialização do milho geneticamente modificado, conhecido como Liberty Links”. A Ação Civil Pública 2006.70.00.030708-0/PR foi promovida por três entidades: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Terra de Direitos e Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa – contra o Processo Administrativo 12000.005154/1998-36, no qual a CTNBio negou, sem fundamento válido, de acordo com os autores da ação, a realização de audiência pública (BRASIL, 2006c).

No relatório, o juiz apresentou a alegação da CTNBio:

Em cumprimento ao despacho, a ré apresentou as informações de fls. 193/451, alegando, sucintamente, que a CTNBio é composta por renomados cientistas de diversas áreas, ***estando a sociedade como um todo devidamente representada por seus membros***. Afirma que a *realização de audiência pública uma mera faculdade* prevista na Lei de Biossegurança. Sustenta que a negativa quanto

---

<sup>916</sup> Ação Civil Pública 2006.70.00.030708-0/PR promovida por três entidades: – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Terra de Direitos e Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa – contra o Processo Administrativo 12000.005154/1998-36 (CONJUR, 2006, p. 1).

à realização de tal evento deu-se em razão da existência de estudos das mais diversas áreas, além da ausência de recursos financeiros. Ressalta que a questão já vem sendo tratada com a devida transparência. (BRASIL, 2006c, grifo nosso)

Da fundamentação elaborada pelo juiz em sua decisão liminar, levantam-se ao menos duas considerações fundamentais para a análise do presente trabalho. A primeira diz respeito à própria alegação da ré que, para o Juiz, “não se sobrepõe à importância da participação popular do procedimento”. Isso porque se trata de “assunto de interesse geral, de toda a população, e não de apenas algumas pessoas específicas, escolhidas em listas triplíces, e não por votação popular”. Sob essa perspectiva, referencia-se o artigo 225, *caput*, da Constituição, para asseverar que o *direito de todos* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua preservação é dever tanto do Estado quanto da *coletividade*. Quadro de predominância do princípio da precaução que ressalta ainda mais a precisão da audiência pública (BRASIL, 2006c).

Nesse sentido, o magistrado afirma que:

De fato o dispositivo legal acima transcrito prevê a “possibilidade” e não a obrigatoriedade na realização de audiência pública quando da pretensão da liberação comercial de OGM’s. No entanto, segundo já apontado na fundamentação supra, este dispositivo foi o único de toda a lei que veio a proporcionar uma forma, a mínima que seja, de *efetiva participação popular* no processo de liberação comercial de transgênico. Ressalve-se, neste ponto, *que a participação popular encontra-se garantida pela Constituição Federal de 1988*, como forma de viabilização do Estado Democrático atualmente existente, o que se traduz pelo disposto no *art. 1º, parágrafo único*: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. *Sendo assim, a realização de audiência pública na hipótese em tela nada mais é do que a consagração desta participação do povo, que inegavelmente se encontra diretamente interessado em qualquer decisão que venha a ser to-*

*mada pela CTNBio na liberação do milho transgênico*<sup>917</sup> (BRASIL, 2006c, grifo nosso)

Essa primeira anotação indica que o posicionamento do juiz trilha caminho aproximado ao adotado no presente trabalho, com base na teoria de José Isaac Pilati. No sentido de que se verifica, ao menos, a apreciação de que, por se tratar de direito de toda a população, deve ser por ela deliberado.

A segunda, que não deixa de estar conectada à primeira, relaciona-se ao disposto no artigo 14 da Lei de biossegurança e que consiste na verificação de que por meio dessa previsão coube à CTNBio, “sozinha”, a responsabilidade por todos os procedimentos significativos relativos aos OGMs dentre os quais, por exemplo: o estabelecimento de normas para pesquisa e dos critérios para monitoramento e risco de tais organismos; a autorização de atividades de pesquisas com OGM<sup>918</sup>; a responsabilidade *individual* em apontar a necessidade de licenciamento ambiental<sup>919</sup> (BRASIL, 2006c).

Da segunda consideração, constata-se que no modelo atual as deliberações que envolvem os OGMs e, consequentemente, os bens coletivos saúde e ambiente, estão concentrados nas mãos e no voluntarismo da CTNBio. Decisões que no modelo da República Participativa deveriam ser de competência do titular de tais bens: a Sociedade. Esse sujeito de direito pode ter a participação garantida por meio da Audiência Pública desde que configurada em conformidade com os novos papéis a serem

---

<sup>917</sup> Para José Isaac Pilati (2011, p. 138), “a esfera administrativa de controle do OGM e seus derivados, portanto, contém dois procedimentos distintos: um de licenciamento, junto à CTNBio, e outro de fiscalização, fragmentada ou distribuída entre vários órgãos e entidades da administração federal, estadual e municipal. A participação é prerrogativa constitucional que deve ser posta em prática em ambos os momentos; pois num e noutro decide-se a propósito de bem coletivo, e, nos termos da CFRB e da Lei 11.105/2005 (art.7º, inciso III), é obrigatório, sempre, a adoção de meios *para plenamente informar* comunidade, autoridades e operadores sobre os riscos e acidentes com OGM.”

<sup>918</sup> No artigo 14, incisos I a XXIII, foram estipuladas as competências da CTNBio (BRASIL, 2005a).

<sup>919</sup> Em conformidade com o artigo 16, § 3º, “A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental.” (BRASIL, 2005a).

assumidos por todos os sujeitos envolvidos, por regras procedimentais e espaços próprios.

Sobre o assunto tratado na Ação Civil Pública em pauta – a audiência pública – José Isaac Pilati (2011, p. 137, grifos do original) elabora observações que se adequam às manifestações ora aludidas e que as sintetizam:

A Lei nº 11.105/2005 criou um conselho representativo (art.10) para os licenciamentos e pôs no alvedrio da autoridade técnica administrativa (art.14) a realização ou não de audiência, nos termos do art.15: *A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento.* E o parágrafo do mesmo artigo, perante a pretensão privada de liberação comercial de produtos transgênicos, exige das entidades da Sociedade Civil *comprovação de interesse relacionado à matéria* – para poder requerer a realização de audiência pública. Como se o interesse coletivo não fosse coletivo.

Assim, para o devido tratamento dos bens coletivos envolvidos no debate sobre OGMs, seja em exercício ou tutela, deve-se garantir a participação da Sociedade em espaços de agora e não apenas por meio de colegiados. Devem ser realizadas audiências públicas, debates e consultas públicas. Se não realizada a audiência, a norma de licenciamento estará eivada de inconstitucionalidade e seu procedimento será considerado ilegal. Além disso, é nesse espaço que se discutem e se levantam os riscos e restrições para os casos concretos. É também o *locus* de legitimação e de inclusão, de garantia de segurança jurídica e de transparência no qual se tem a reunião de condôminos do mesmo bem coletivo e a definição do conteúdo da função social da propriedade intelectual<sup>920</sup> (PILATI, 2011, p. 138).

A atuação do Juiz do Paraná já indica caminhos participativos pós-modernos. Apesar de não alcançar a profundidade do resgate da dimensão coletiva dos bens, da sua titularidade e de seus processos, já é um passo que comprova a necessidade de (re)estruturação política e jurídica. Isso porque no caso em tela, além das considerações acima

---

<sup>920</sup> Dessa forma, a audiência volta-se para os fins acima relacionados e não para impedir o progresso da ciência e da economia (PILATI, 2011, p. 138).

expostas, ao deferir a liminar “suspendendo o andamento do Processo Administrativo 12000.005154/1998-36, em trâmite perante a CTNBio, até que se realize a audiência pública pretendida” (BRASIL, 2006c), o juiz agiu de forma a garantir a participação popular no processo administrativo. Atuou em conformidade com a jurisdição pós-moderna descrita por José Isaac Pilati (2011, p. 138-139), na qual não cabe, em princípio, atuação autocrática no sentido de o juiz decidir se libera ou não a produção ou comercialização de OGM já que “essa decisão é das partes, e o magistrado velará pela validade processual do rito de participação popular.”

Feitas as considerações gerais acerca da importância da Audiência Pública para decidir sobre OGM, cabe ressaltar, como feito na análise das audiências no âmbito do Plano Diretor, que o instrumento há de se adequar à lógica participativa da pós-modernidade, ou seja, há de ter composição, organização e funcionamento (re)estruturados para garantir a efetiva participação da Sociedade personalizada. Isso leva, como já afirmado em diversas passagens deste texto, à (re)definição de papéis e das regras do jogo também na esfera administrativa.

Verifica-se que os novos processos de participação no âmbito legislativo e administrativo remetem à lição romana das deliberações do *populus* acerca da *res publica* no seio dos comícios. Atividade que era convocada e orientada pelos magistrados competentes e cujas deliberações deveriam ser validadas por meio da ratificação da autoridade também competente, naquele caso o Senado<sup>921</sup>. Sendo esta validação que fornecia a obrigatoriedade de cumprimento a tais decisões.

As exemplificações acerca do modelo participativo próprio nos níveis administrativo, legislativo e judicial fecham a enunciação *dos fundamentos* para a concepção de estrutura adequada para o exercício do direito coletivo à saúde no SUS. Após comprovar os limites da configuração participativa dos Conselhos de Saúde e a necessidade de outra estruturação, os exemplos ora analisados reforçam o quadro e confirmam a possibilidade de se concretizarem os processos participativos pós-modernos no Sistema Único, que devem coexistir com os processos tradicionais.

Além disso, a confirmação deixou em evidência, especialmente, um dos instrumentos de participação: a audiência pública. Esse mecanismo vem ganhando destaque mesmo nos estudos que ainda *não* discorrem sobre a dimensão coletiva dos bens e dos processos. Nesse sentido, ao

---

<sup>921</sup> Conforme já explicado no tópico 1.3.

analisar o “marco legal da participação popular no Brasil”, Saule Júnior (2002, p. 7) já destacava que

[...] a Audiência Pública deve ser utilizada como garantia processual dos direitos coletivos e difusos, tanto pelo Poder Executivo como pelo Legislativo, sendo portanto um componente essencial tanto do processo administrativo como do processo legislativo, com base no princípio do devido processo legal.

Trata-se de mecanismo que, conforme já mencionado há pouco, atualmente vem sendo utilizado no âmbito dos três poderes para diversos fins e sob diferentes regras de funcionamento. No entanto, apesar dessas diferenças, podem-se destacar alguns pontos em comum detectados na estruturação atual: a) as audiências ainda se configuram e funcionam sob a lógica do Estado autocrático, sob orientações e categorias modernas; b) não reconhecem a Sociedade personalizada enquanto sujeito de direito ativo; c) levantam questões acerca da obrigatoriedade de sua realização; d) levantam questões acerca dos efeitos jurídicos de suas decisões ou, em outras palavras, de seu poder de vinculação geral.

Os dois últimos pontos são examinados por Saule Júnior (2002, p. 16) quando da análise do Estatuto da Cidade. Em relação à obrigatoriedade das Audiências, o autor apresenta posicionamento inicial acerca do processo legislativo que vai além do disposto no Estatuto. Para ele,

Se tomarmos por base os princípios democráticos constitucionais, as garantias dos direitos fundamentais, e a determinação para o Poder Público atuar de forma democrática em todas as suas funções mediante sistemas democráticos de gestão das políticas públicas na área da saúde, educação, política urbana, política agrária, seguridade social, previdência social, proteção da criança e do adolescente, cultura, comunicação social, meio ambiente, proteção das populações indígenas, as audiências públicas se tornam obrigatórias no processo legislativo para a edição de lei e demais atos normativos, sobre qualquer matéria no campo das políticas e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, não seria necessária a previsão expressa de realização de audiência pública nos regimentos dos poderes legislativos dos três níveis da federação. Isso não significaria impedimento para sua realização com base em solicitação de entidades da sociedade ou de grupos de cidadãos. Após a citação do artigo 29, XII, do Estatuto da cidade e da Lei Orgânica do Município de São Paulo, o autor considera que, por ser condição obrigatória do processo legislativo, a audiência é base para a validade das leis e demais atos normativos. Assim, quando não executadas, ter-se-ia vício no processo legislativo e, consequentemente, inconstitucionalidade em função do desrespeito aos princípios da Carta Magna: participação popular, democracia direta, soberania popular (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 17).

É interessante observar que o autor acima tem outro posicionamento em relação aos processos administrativos. Para estes, ele afirma ser necessária a previsão legal da obrigatoriedade das audiências públicas ou da possibilidade de ela ser requerida pelos cidadãos e/ou por suas entidades. Atendidas as previsões, a audiência seria obrigatória e condição para validade do processo e decisão administrativos. No entanto, ele destaca que a falta de previsão legal da obrigatoriedade não exclui o direito de solicitação de realização de audiência pública (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 17-18).

Sempre que se tratar de matéria de interesse coletivo ou difuso, como por exemplo, a

[...] privatização de serviços públicos, meio ambiente, implantação de obras e projetos de grande impacto ambiental e de impacto de vizinhança obrigatoriamente deverão ser analisadas e discutidas com a comunidade e a *população diretamente atingida* através das audiências públicas. (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 17-18, grifo nosso).

Assim, em virtude da matéria em pauta para deliberação pelos órgãos administrativos – sejam eles unitários ou colegiados, como os Conselhos –, a solicitação de realização da audiência pública por organizações da sociedade, faz com que haja obrigação em sua efetivação (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 17-18).

Em relação ao outro ponto, o da vinculatividade das deliberações tomadas na audiência, ou seja, dos seus efeitos jurídicos, a atual configuração não lhe fornece caráter vinculante. Para assumir esse caráter seria necessário que a lei que disciplina o processo administrativo determinasse tal vinculação (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 19). Apesar disso:

No caso de não haver previsão legal sobre a vinculação da Administração Pública aos resultados da audiência pública, o órgão administrativo deverá levar em conta os resultados para efeitos da motivação da decisão. Caso haja um total descompasso entre a decisão e a sua motivação com os resultados da audiência pública, essa situação poderá configurar vício no processo administrativo tornando a decisão proferida inválida. (SAULE JÚNIOR, 2002, p. 19)

Os posicionamentos de Saule Júnior, assim como aqueles do juiz do Paraná ora referenciado, indicam passos para participação pós-moderna. Entretanto, nenhuma das abordagens abrange toda a complexidade dos processos coletivos próprios justamente por não visualizarem, ainda, as peculiaridades dos bens coletivos e, assim, a capacidade da Sociedade enquanto sujeito de direito. Isso faz com que a configuração dos instrumentos participativos que eles abordam sejam tratados sob a orientação moderna.

Em perspectiva pós-moderna, de República Participativa que inclui no cenário jurídico os bens coletivos e seus titulares, a participação é inerente a tais bens e, assim, aos processos que lhes digam respeito. Por isso, o debate acerca da obrigatoriedade ou não de realização de procedimentos participativos acaba perdendo a relevância quando estiver em questão bem coletivo como a saúde.

A constatação indica a necessidade de novas arquiteturas capazes de viabilizar a participação direta da Sociedade personalizada nos processos que envolvam os bens coletivos. Significa, então, não apenas o recurso a um ou outro mecanismo participativo, mas, principalmente, à (re)configuração de tais mecanismos conforme a lógica participativa. Cenário em que a audiência pública e a (re)visão de sua organização e funcionamento ganham destaque.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos de tais decisões há duas perspectivas a serem observadas. A primeira diz respeito à vinculação da autoridade à decisão final tomada na audiência. Desafio comum a nível dos três poderes estatais. Na segunda, o tema se torna mais delicado dependendo da esfera de poder na qual se desenrole o processo participativo. Isso porque tal perspectiva envolve a vinculação da decisão já formalizada pela autoridade.

No exemplo do Estatuto da Cidade, que tem a lei participativa como o resultado da audiência, não se enfrentam maiores problemas relativos à vinculatividade, validade e reconhecimento no âmbito jurídico.



Em relação aos processos participativos na esfera judicial, como o exemplo dos medicamentos, a decisão a que se chega em composição prévia, também não encara muitos questionados para terem sua validade jurídica reconhecida, já que terá a forma e força de decisão judicial. Colabora para o cenário o próprio realce dado ao papel do Judiciário no modelo de Estado Democrático de Direito ou, em outros termos, no neoconstitucionalismo. No entanto, deve-se lembrar de que no modelo aqui apresentando, diferentemente daquele descrito no tópico 1.2 e mesmo 2.1, a decisão não pertence ao juiz. Este orienta as discussões para alcançá-la e, ao final, homologa-a, dando-lhe validade e reconhecimento no mundo do direito.

No caso dos processos administrativos participativos, a situação do reconhecimento das deliberações torna-se mais melindrosa, visto que mesmo no modelo atual há problemas de reconhecimentos jurídico das decisões administrativas que, por vezes, são exteriorizadas por meio de figuras que não fazem parte do arsenal do direito. É o caso das políticas de saúde, como bem se explicou no capítulo 2 e no tópico 3.2. Questão a ser retomada no título seguinte.

Ressalta-se, ainda, que, independentemente da esfera de poder a qual se relacione o processo participativo, a (re)estruturação dos mecanismos de participação – sejam eles as audiências, as consultas, o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, dentre outros – com vistas ao resgate do coletivo, é essencial. O que exige serem elaboradas regras próprias que definam o papel do Estado, da Sociedade personalizada e do indivíduo, os procedimentos e demais efeitos da sua realização e decisão.

É importante deixar claro que, com os processos aqui descritos, não há pretensão de garantir a participação direta de todos sempre e em qualquer debate sobre bens coletivos. A participação deve envolver a Sociedade personalizada que, conforme explicado no título 1.3, existe em situações procedimentais concretas e deve ser entendida como a organização jurídico-política de universalidade de cidadãos que se *manifesta em procedimentos* participativos organizados por meio da articulação equilibrada com as demais autoridades, com escopo de salvaguardar os bens coletivos.

Nesse contexto, tornam-se relevantes as considerações de Bobbio e de Bonavides, já apresentadas no tópico 3.1, no sentido de desvincular a participação direta da “idéia de reunião ou consulta ao povo, todos os

dias e em todas as ocasiões” (BONAVIDES, 1995, p. 356)<sup>922</sup>. No novo modelo, devem ser identificadas as situações concretas que exigem a participação da Sociedade. Será necessário verificar se há um bem coletivo a ser protegido e/ou exercido.

Além disso, é na casuística e no procedimento que se identificará e se convocará a Sociedade mais diretamente afetada, de acordo com o direito coletivo<sup>923</sup> a ser exercido ou tutelado. Um procedimento que fará essa identificação mas que permanecerá aberto.

Por isso, não de surgir situações, como aquelas ligadas ao meio ambiente ou epidemias, em que o processo participativo deverá estar aberto para a Sociedade em termos internacionais, ou seja, a coletividade composta por todos os titulares dos bens ambiental e saúde. Em outras ocasiões, o processo estará aberto para a deliberação de toda a Sociedade do País, como, por exemplo, uma política nacional de saúde. Haverá, também, situações em que a Sociedade munícipe ou distrital será identificada como diretamente afetada, como no caso de uma política municipal de saúde. Tais identificações dependerão de qual bem coletivo está em pauta e em qual contexto a sua tutela e/ou exercício está envolvido.

Retomando o exemplo das políticas municipais do SUS, a convocação da Sociedade identificada em cada caso concreto não exclui outros interessados em dela participar. Por isso, a convocação deverá ter plena e ampla publicidade, em todos os níveis federativos, para que seja possível a todos os demais membros da Sociedade e autoridades o conhecimento do debate e a possibilidade de intervenção em prol do bem coletivo. O veto às decisões tomadas em processos coletivos em nível municipal torna-se, então, um poderoso instrumento participativo.

Não há como estipular quem será a Sociedade em termos abstratos. Ela se configurará no processo participativo, que é um procedimento aberto dependente da casuística.

Os processos participativos e os instrumentos por eles adotados precisam ser pensados e formulados de acordo com as peculiaridades de cada setor a ser envolvido nos casos concretos. Significa ter em vista que, por exemplo, a saúde tem particularidades que não se enquadram no setor segurança e vice-versa.

O autor que oferece a teoria aqui adotada para a constituição dos fundamentos da tese, José Isaac Pilati, tem se dedicado aos debates ini-

---

<sup>922</sup> Apesar da crítica de ambos nesse sentido, a posição deles acerca da democracia direta não tem nenhuma identificação. Constatação já elaborada no tópico em referência.

<sup>923</sup> Mais considerações sobre essa questão são tecidas no próximo tópico.

ciais para construção de estudo pós-moderno sobre as audiências públicas<sup>924</sup>. Têm sido promovidos debates e produção de textos com o fim de se pensar novo desenho para tal instrumento participativo. Nova arquitetura que seja capaz de lidar com a dimensão coletiva dos bens e que só se constrói coletivamente, com a colaboração dos diversos atores e setores envolvidos em cada caso.

Já foi esclarecido e reforçado, várias vezes, que a participação a que se refere há de ocorrer em espaço institucionalizado. No que diz respeito à audiência pública, particularmente, trata-se de instrumento cuja utilização, em conformidade com o processo coletivo próprio, deve abrir espaço de ágora na esfera institucionalizada. Não se prende a local físico. *Desde que convocada e conduzida em conformidade com tais preceitos*, os debates e deliberações da Audiência, que podem se desenrolar pela internet, nos espaços físicos das assembleias legislativas ou por outros meios, serão considerados como desenvolvidas em *locus* institucional.

Do exposto até aqui, confirmam-se, de um lado, aqueles dois pontos destacados da citação de Cohn: a importância do espaço institucionalizado e a ideia de que a esfera política envolve disputa de interesses e regras do jogo. E, de outro, que com os processos coletivos próprios torna-se possível verdadeira articulação entre a democracia representativa e a direta. Articulação e coordenação que consistem, como visto no tópico final do capítulo 1 e no tópico 3.1, características pós-modernas.

Observa-se, ainda, que os fundamentos ora apresentados para a idealização do modelo participativo no SUS provocará modificações até no discurso em defesa do SUS. Nos debates voltados para a valorização e proteção do Sistema Único de Saúde, costuma-se verificar a consideração de que ele “conforma a política sanitária brasileira como uma política de Estado”<sup>925</sup> (DALLARI; NUNES, 2010, p. 118, 117). A afirmação mantém sua importância, especialmente em virtude de significar o compromisso com as políticas de saúde independentemente de alterações de poder governamental. No entanto, também ela precisará ser (re)adequada ao aspecto coletivo da saúde na pós-modernidade, na qual se poderá qualificar o SUS não mais com o termo moderno *público*, mas sim com o termo que lhe é próprio: *Coletivo*. Sob essa perspectiva há de se reconhecer o SUS como *Política Coletiva própria*. Abordagem que

<sup>924</sup> Debates acadêmicos travados nas disciplinas que ministra no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

<sup>925</sup> Conforme já citado no tópico 2.3.

resgata sua legitimidade e força e exige, entretanto, que sejam pensados instrumentos administrativos condizentes com a realidade.

Do panorama traçado não restam dúvidas de que a atual configuração participativa no SUS não está apta a garantir o exercício coletivo do direito à saúde. Isso ficou evidente frente aos exames sobre a estrutura de participação “comunitária” por meio dos Conselhos. Cenário que comprova a necessidade premente de se (re)configurar o modelo de participação no SUS. Tarefa que envolve inclusão de estrutura formada por elementos da nova ordem da República Participativa no cenário jurídico-político, de acordo com os exemplos de processos participativos apresentados. Realidade que exigirá a (re)configuração do modelo atual, mas que conviverá com ele e possibilitará a efetiva participação da Sociedade, titular do direito coletivo à saúde e do SUS, quando de seu exercício e tutela.

O quadro traçado neste tópico reforça a afirmação de Edgar Morin ([1998], p. 194, 295), já mencionada no tópico 1.2, de que, “por toda a parte, vemos que não há mais unidade elementar simples, mas o paradigma reducionista continua a funcionar no vazio como um robô programado há séculos num planeta doravante deserto”.

Essas observações chamam atenção para o fato, já mencionado anteriormente, acerca do vazio jurídico criado pela aplicação do velho modelo no panorama de mudança e da necessidade de se implementar a República Participativa por instrumental jurídico e político próprios. (PILATI, 2011, p. 47)

O tratamento moderno aos elementos pós-modernos saúde de todos e participação forma, como já explicado, um quadro de exclusão da Sociedade enquanto ator do quadro jurídico-político. Panorama que o modelo participativo dos Conselhos de Saúde não alterou. No desenho formatado sob orientações do paradigma moderno a *participação* e o *direito à saúde* são observados como categorias isoladas que precisam ser conectadas para que a *participação* possa ser inserida no âmbito do *setor saúde*. De onde resulta modelo que, mesmo adjetivado como participativo, continua *preso* à representação. Tais configurações derivam-se da inaptidão para lidar com a complexidade do coletivo. Elas são estruturadas de acordo com a visão restrita imposta pelas amarras modernas que impedem que seja avistado que a participação é elemento inerente ao direito coletivo à saúde enquanto propriedade coletiva extrapatrimonial.

Constata-se, então, panorama repleto de categorias pós-modernas que estão, ainda e paradoxalmente, sob o domínio de paradigma que, apesar da crise e da transição para o novo modelo, tem mantido a função

de controle sobre teorias, raciocínios e a base cognitiva, intelectual, cultural e epistemológica fundando-se na qual estes são elaborados<sup>926</sup>.

Dessa forma, os fundamentos aqui apresentados para a formação de nova estrutura participativa no SUS indicam, sob uma perspectiva abrangente, a necessidade de colocar, decisivamente, a pós-modernidade em seu lugar de *paradigma*, ou seja, de ela assumir com todas as suas especificidades<sup>927</sup>, dentre elas a lógica da complexidade, a função paradigmática de controle das bases teóricas, cognitivas, epistemológica, cultural e intelectual da sociedade. De modo a permitir que as categorias e elementos centrais desse modelo social possam passar a atuar em consonância com suas orientações e não mais com aquelas derivadas do modelo social anterior, que correspondem à configuração jurídico-político na qual a supremacia da lei, a institucionalização do Estado como ente abstrato e a democracia representativa foram concebidos sob a direção e em função da propriedade privada dominial, que se destacava como a principal categoria paradigmática daquele período.

#### 4.3 O PROCESSO COLETIVO PRÓPRIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE: UMA IDEALIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO PÓS-MODERNO DO DIREITO DE TODOS

Ao discorrer sobre o reconhecimento do direito de todos à saúde no contexto do Estado Democrático de Direito e da transição paradigmática, no capítulo inicial da tese, verificou-se que o exercício desse direito cambaleia entre o voluntarismo do indivíduo e o do Estado. Sendo as políticas públicas uma das maneiras de o ente estatal exercer o direito coletivo à saúde.

Considerando, especialmente, a saúde como direito prestacional, o panorama do constitucionalismo brasileiro do pós-88, descrito no capítulo 2, reforçou o papel das políticas públicas como instrumento de exercício de tal direito. Os artigos 196 e 198 da Carta Magna não deixam dúvidas ao disporem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas elaboradas e operacionalizadas mediante participação “comunitária” no âmbito do Sistema Único. Quadro que colocou em evidência a dimensão objetiva

---

<sup>926</sup> Função paradigmática já explicada no tópico 1.1.

<sup>927</sup> Características traçadas no tópico 1.2.

de tal direito e a necessidade de esquemas organizativos procedimentais adequados<sup>928</sup>.

Apesar de o texto constitucional ter enfatizado o papel da política, e assim do Estado, na condução do direito coletivo à saúde, ele relativizou o voluntarismo estatal. Em virtude da diretriz da participação da “comunidade” foram criados os Conselhos de Saúde, por meio da Lei 8.142/90, e deliberações em torno das políticas do setor passaram a ser competência desses órgãos colegiados<sup>929</sup>.

Embora essa configuração represente avanços, os exames elaborados nos tópicos precedentes revelam que ela não foi capaz de viabilizar mudança paradigmática. Não se ocupou com a atuação direta da Sociedade no exercício do direito coletivo à saúde. Formou-se, então, modelo participativo pautado na representação.

Isso ocorre em virtude de a configuração do direito à saúde e do SUS estar edificada sobre bases modernas fortemente instituídas, formatadas e condicionadas pelo seguinte eixo de orientação: a propriedade privada e as relações por ela estabelecidas entre sociedade, Estado e indivíduo.

As propostas de aperfeiçoamento da participação no Sistema de Saúde que partem desse cenário, ou seja, que se dedicam diretamente à estrutura participativa hodierna sem questionar ou sugerir alterações na base moderna que lhe dá as direções, acabam por enfrentar dificuldades e debates típicos da modernidade, como é o caso da representatividade tratada no tópico anterior. Esse vício, que também marca as teorias para nova administração pública – conforme exemplos citados no tópico 3.1 – inviabiliza a participação direta da Sociedade e, assim, o exercício do direito coletivo à saúde.

No decorrer da tese examinou-se, de um lado, o formato do atual esquema de participação “comunitária” no SUS e seus limites e, de outro, as *bases* necessárias para a concepção de estrutura participativa pós-moderna. No presente tópico, partindo dos fundamentos já explicitados no título anterior e na superação das visões restritivas da dimensão coletiva do direito à saúde<sup>930</sup>, pretende-se *idealizar* estrutura de participação no SUS<sup>931</sup> voltada para o exercício do direito coletivo à saúde.

---

<sup>928</sup> Características explicadas especialmente no título 2.1.

<sup>929</sup> Nos termos das análises apresentadas no segundo capítulo.

<sup>930</sup> Apresentadas no título 3.1.

<sup>931</sup> Assunto tratado de forma mais detida no tópico anterior.

Trata-se não só de nova organização, mas, especialmente, de nova forma de pensar, que resultará na (re)configuração do modelo participativo hodierno e será capaz de resgatar a complexidade do quadro jurídico e político em contexto no qual a pós-modernidade cumpre a sua função de paradigma, de eixo diretor de pensamentos, de teorias e de práticas em todos os setores – social, político, econômico, jurídico, cultural – e, assim, da relação entre sociedade, Estado e indivíduo<sup>932</sup>.

Assim, a idealização de modelo participativo no SUS, apto a lidar com a dimensão coletiva da saúde, exige orientações providas do paradigma jurídico-político pós-moderno. Em tal contexto, a (re)visão da base sobre a qual o SUS se organizou consiste no primeiro e fundamental passo a se dar rumo à criação de outra estrutura participativa.

Para a realização dessa potencialidade é necessário, como já analisado, avaliar e (re)pensar a estrutura de participação do SUS sob perspectiva mais abrangente que implique a inclusão da dimensão coletiva da saúde no nível dos bens, da titularidade e dos processos.

Consiste em abordagem segundo a qual o Sistema Único, categoria elementar da pós-modernidade brasileira, deixa de ser guiado por diretrizes e categorias modernas para orientar-se pela lógica da saúde como propriedade coletiva extrapatrimonial, realidade já contemplada pela Constituição de 1988 que, ao prever as propriedades constitucionais especiais introduziu a (re)classificação: dos bens jurídicos, da titularidade e dos processos.

A delimitação do estudo à fase de formulação das políticas de saúde e ao âmbito dos Conselhos foi explicada nos tópicos 2.3 e 3.2. Destacou-se esta etapa do ciclo da política em virtude de ser nela que a participação da “comunidade” ganha relevo, tanto em nível constitucional quanto operacional. Fase que é, ainda, considerada como uma das grandes macrofunções gestoras no setor saúde. Selecionou-se o espaço decisório dos Conselhos de Saúde, especificamente no âmbito local, por eles consistirem em arenas institucionalizadas que viabilizam a participação “comunitária” de caráter *deliberativo* na política de saúde e por ser esse nível que apresenta maior potencialidade participativa<sup>933</sup>. Essa demarcação permitiu a visualização do cenário para o qual se pensa a estrutura participativa pós-moderna.

Retomar-se-ão alguns traços principais da organização e funcionamento do modelo de participação “comunitária” hodierno para que

---

<sup>932</sup> Como já destacado no desenvolvimento da tese.

<sup>933</sup> Conforme razões já explicitadas no capítulo 2.

seja possível observar as transformações que nele se fazem necessárias frente à concepção da nova estrutura. Isso porque o modelo participativo no SUS deverá alcançar, concomitantemente: a) a estrutura pós-moderna; b) e a atual, devidamente (re)configurada.

No capítulo 2, destacou-se que na fase de formulação das políticas de saúde tomam-se decisões que traçam as metas do Estado para o setor. Explicitou-se tratar de momento fundamental de exercício do direito coletivo à saúde: no qual se define o conteúdo do interesse ou interesses públicos<sup>934</sup> que consistem na própria finalidade da Administração Pública. Processo que envolve, dentre outros aspectos, o jogo de interesses<sup>935</sup>, o conflito entre os diferentes atores envolvidos<sup>936</sup> e a ideia de bem comum, em complexo formado por vários tipos de decisões que podem ser de caráter rotineiro ou não<sup>937</sup>.

Bucci (2006, p. 269) destaca que o processo administrativo tanto de formulação quanto de execução das políticas públicas é “processo político, cuja legitimidade e cuja ‘qualidade decisória’, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos”. A autora destaca que, para ter sucesso, uma política pública deve estar relacionada à qualidade do processo administrativo anterior à sua realização e àquele que a implementa<sup>938</sup>.

Mesmo sem abordar o tema sob a perspectiva que ora se adota, o exame acima coloca em evidência a importância da participação no processo decisório que se desenrola na fase de formulação das políticas públicas.

A relevância do momento de decisão também pode ser percebida na asseveração de Cohn (2008, p. 223), apesar de sua análise fornecer centralidade ao papel do Estado e fugir, assim, da orientação perfilhada neste trabalho. Para ela:

---

<sup>934</sup> Como mencionado com base no trabalho de Bucci.

<sup>935</sup> Aspecto destacado por Cohn.

<sup>936</sup> Conforme destacado por Silva.

<sup>937</sup> Observação ressaltada por Franzese.

<sup>938</sup> A autora continua: “As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento.” (BUCCI, 2006, p. 269).



É necessário, assim, que se tenha em conta que quando se vai tratar das políticas de saúde, o que passa a ser o foco do estudo é *o processo de tomada de decisões*, por parte do Estado (leia-se, daqueles grupos que detêm o poder naquela conjuntura histórica que está sendo estudada, e constituindo os governos), ante uma série de possibilidades de escolhas alternativas, que representam, cada uma delas, *ganhos e perdas para distintos grupos sociais*, tendo-se todavia por referência que *ao Estado compete*, sempre, orientar suas decisões para o *bem comum da sociedade*. (grifo nosso)

Dessas considerações, retoma-se a observação acerca da relevância dos processos deliberativos atualmente desenrolados nos Conselhos de Saúde<sup>939</sup> e, particularmente, nos Conselhos Municipais, e a importância da participação social nesse momento de exercício do direito coletivo à saúde. Quadro que comprova a retirada da centralidade do voluntarismo do Estado nessa função.

Recorda-se que as instâncias de participação *deliberativa* no SUS<sup>940</sup>: a) são espaços institucionalizados; b) têm atribuição deliberativa e propositiva estipulada em lei; c) têm composição e funcionamento representativo previstos em lei; d) tomam decisões formalizadas por meio de resoluções que dependem da homologação do chefe do Executivo ou seu delegado para adquirirem caráter vinculante, com alcance de ato administrativo<sup>941</sup>.

Recuperadas as breves observações, passa-se a verificar alguns passos essenciais para o novo desenho participativo no SUS. De acordo com os moldes traçados no título anterior e nos tópicos 1.3 e 3.3, a nova estrutura participativa exige, como características gerais: a) que a deliberação seja da Sociedade<sup>942</sup>; b) a participação da Sociedade em arena institucionalizada; c) que sejam as deliberações conduzidas pela autoridade eleita ou designada; d) homologação da deliberação pela autoridade

---

<sup>939</sup> Vide, no tópico 2.3, a citação que remete ao quadro da “estrutura simplificada de suporte ao processo decisório da política de saúde” elaborado por Fleury e Ouverney.

<sup>940</sup> Pontos já analisados com maiores detalhes no tópico 3.2.

<sup>941</sup> Conforme se destacou no tópico 3.2 com base na obra de Aith (2007).

<sup>942</sup> Sociedade no sentido pós-moderno explicado no título 1.3.

de competente do executivo para que tenha caráter coativo (PILATI, 2011, p. 130; 117-118)<sup>943</sup>.

Trata-se de desenho concebido para somar-se ao cenário jurídico-político atual. Não vem para excluir ou substituir processos ou mesmo atores, papéis ou espaços<sup>944</sup>. Ele deverá conviver com os demais processos e procedimentos administrativos tradicionais que existem no seio do SUS. Da mesma forma, seus elementos, a Sociedade e o SUS – sob a perspectiva de bem coletivo – deverão conviver e equilibrar-se com os demais sujeitos – Estado, indivíduos e conselheiros – e com os demais dimensões do bem saúde – pública e privada – que já estão firmados na ordem jurídica e política. O equilíbrio e convivência das duas estruturas exigirá adaptação daquela que vigora hoje.

Há grandes diferenças entre essa proposta e aquelas apresentadas no tópico 3.1 que trabalham com o conceito de sociedade civil, seja sob a perspectiva liberista<sup>945</sup> ou a social. Naquelas, de acordo com o Horochovski (2007, p. 87):

[...] nota-se uma valorização da sociedade civil em detrimento do Estado, concedendo-se àquela o monopólio da virtude cívica, muitas vezes não se reconhecendo que se está tratando de um campo marcado, como qualquer outro, por contradições e ambigüidades, por interesses às vezes contrapos-

---

<sup>943</sup> Citação já referenciada mais de uma vez no presente trabalho.

<sup>944</sup> Com base em tais posicionamentos refere-se novamente à crítica em relação à “discussão contemporânea, em atribuir à sociedade responsabilidades que antes eram do Estado, seja na gestão dos serviços de saúde (contratar para gestão de hospitais, por exemplo, organizações sociais de interesse público (OSCIPs) ou ONGs (organizações não governamentais), ambas sem fins lucrativos, e entidades filantrópicas, e/ou fundações públicas, para prestação de serviços de saúde, e demais serviços na área social, introduzindo assim uma lógica no sistema de saúde que não é necessariamente pública, mas tampouco privada no sentido estrito do termo, já que esse tipo de instituição não busca diretamente o lucro.” (COHN, 2008, p. 228).

<sup>945</sup> Em relação a essa sociedade civil, explicada no tópico 3.1, cabe o questionamento e resposta de Campos (2005, p. 89): “Como tem sido resolvida essa relação público-privado? Por meio da terceirização. Pode ser algo estatal que se transforma em alguma coisa intermediária, uma organização mais ligada à sociedade civil. É uma solução simplista e contaminada pelo maniqueísmo.”

tos e nem sempre comprometidos com a cidadania política e a vida democrática [...].<sup>946</sup>

Em tais propostas acerca da sociedade civil não se preocupa em autonomizar a Sociedade e em lhe conferir a mesma importância que tem o Estado e o indivíduo. A ideia não é a de equilíbrio, mas sim de destaque de um sujeito sobre o outro. Nesse contexto, a sociedade civil passa a assumir centralidade no cenário jurídico-político às custas do enfraquecimento do Estado<sup>947</sup>. Além disso, em tais estudos, apesar de a participação ser elemento central e de a nova relação entre Estado e indivíduo/sociedade de indivíduos também estar no imo dos debates, elas não alcançam a profundidade necessária para a efetiva mudança: o eixo de direção. Destacam a necessidade de alteração da relação entre tais sujeitos, no entanto, o fazem fundando-se na edificação externa e não da base que a sustenta. Por isso, mesmo que proponham novos modelos participativos e afirmem o fim do posicionamento dicotômico entre Estado (público) x sociedade (indivíduo ou sociedade de indivíduos), eles acabam enfrentando, sob a nova perspectiva, essa dicotomia. Isso porque não têm fundamento para reinserir o coletivo nesse cenário bifurcado.

É o caso, dentre outros exemplos citados no título 3.1, de Bittar (2009, p. 243; 247). O autor chega a afirmar que “o que está em questão é próprio modelo estrutural fundante de relação entre Estado e sociedade, com sérios comprometimentos e desdobramentos para o direito que se aplica nesta realidade”. Entretanto, apesar da observação, da excelente crítica ao modelo moderno, e do exame acerca da necessidade das mudanças relacionais, a análise não alcança a ideia do resgate do coletivo.

Essas considerações servem, também, para se observar o apontamento de Barroso (2010, p. 69; 68; 70) no sentido de que com a Consti-

---

<sup>946</sup> O autor também se refere às explicações de Nogueira sobre sociedade civil social e liberista. No entanto, tece a seguinte observação: “É possível considerar também que ambas as concepções estão brigando pela hegemonia em relação à legitimidade de um léxico. Nogueira (2003) enxerga também certa ingenuidade na segunda concepção, quando esta subestima a importância do Estado nacional como espaço necessário à efetivação de uma democracia ampliada. Há, na posição do autor, *algum exagero e certo aferro a categorizações tradicionais, insuficientes para dar conta da dinâmica das múltiplas formas de ação e organização na sociedade civil contemporânea* – principalmente os novos movimentos sociais.” (HOROCHOVSKI, 2007, p. 87, grifo nosso).

<sup>947</sup> Tema examinado no tópico 3.1.

tuição de 1988 “estabeleceu-se uma discussão rica e importante acerca do *princípio da supremacia do interesse público*”. O autor chega a destacar o esforço do texto constitucional em resguardar o espaço público da apropriação privada. Ele enfatiza, ainda, que Estado e sociedade não se contrapõem e que, por isso, o Estado dever buscar a realização dos valores apontados pela sociedade.

Assim, o autor, como os demais citados no título 3.1, continua enfatizando o papel do público-estatal. Não se preocupa em apresentar condições propícias para a Sociedade exercer e tutelar os seus direitos de forma autônoma. Esse é um problema que circunda todas aquelas propostas: não incluem o terceiro elemento – a Sociedade, o coletivo – no quadro jurídico-político. Simplesmente o alocam no quadro dicotômico.

A estruturação do processo participativo pós-moderno no SUS, tendo em vista a fase de formulação das políticas de saúde, não apenas inclui novos elementos do coletivo no plano jurídico-político, mas baseia-se e funciona visando o *equilíbrio* entre eles e os elementos do público e do privado da ordem moderna. A convivência e o equilíbrio são características tipicamente pós-modernas que exigem (re)adequações para a sua concretização.

As concepções que integram o desenho de participação proposto indicam a necessidade de (re)visão da estrutura atual. Alguns dos aspectos mais importantes no contexto são: a) a competência deliberativa dos Conselhos e, assim, o papel dos conselheiros de saúde; b) os papéis dos secretários de saúde; c) os espaços e instrumentos decisórios; d) os procedimentos para a participação; e) o efeito ou vinculatividade do ato normativo que formaliza a decisão da Sociedade; f) o papel do chefe do Executivo.

Sem a modificação do primeiro aspecto ora citado, que atribui aos Conselhos a função de deliberar, de decidir, de propor acerca do conteúdo das políticas de saúde em nome da sociedade, não é possível alcançar modelo de participação propriamente coletivo, que viabilize a atuação direta da Sociedade personalizada para exercer o direito coletivo à saúde.

A nova estrutura participativa não condiz com o disposto no § 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90, que assim dispõe:

§ 2º *O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formu-*

*lação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.* (BRASIL, 1990a, grifo nosso)

A inadequação desse dispositivo é verificada em virtude de ele conferir aos conselheiros, como representantes dos profissionais, dos prestadores de serviço e, especialmente, dos usuários, papel que no paradigma da República participativa pertence à Sociedade, que é a verdadeira titular dos bens coletivos *saúde* e *SUS*, como já mencionado. Mesmo que a Sociedade não atue sozinha no modelo de participação que ora se elabora, ou seja, mesmo que as deliberações sejam conduzidas pelas autoridades competentes, a decisão sobre o SUS e, assim, acerca do direito à saúde, a ela pertence<sup>948</sup>.

Quando se compreende e parte-se da perspectiva pós-moderna, percebe-se que foi atribuído aos Conselhos de Saúde, que tem vestes representativas, papel que não lhes cabe. Quer se dizer que a atribuição de exercer o direito coletivo à saúde por meio da formulação das políticas do setor, selecionando os interesses coletivos a serem cumpridos pelo Estado, é da Sociedade personalizada e não dos Conselhos. É aquela, em espaço próprio, sob regras próprias, que deve assumir tal função.

Na estrutura que reconhece a Sociedade enquanto sujeito de direito e titular do bem coletivo saúde, as deliberações que envolvem tal bem cabem a ela e não a seus representantes. Em relação ao direito coletivo à saúde e, assim, ao SUS e suas políticas, a Sociedade deve atuar a exemplo do *populus* romano: poder soberano equilibrado com o poder das autoridades, seja no exercício ou na tutela do direito coletivo.

Sob esse desenho, nos casos em que o Conselho de Saúde ou o Estado elejam política que não condizente com o SUS e, assim, com a saúde coletiva, ele estará dispondo sobre bem jurídico que não lhe pertence, tornando essa atuação “passível da intervenção reparadora da Sociedade, mediante os instrumentos de tutela coletiva”<sup>949</sup> (PILATI, 2005, p. 62).

---

<sup>948</sup> De acordo com as lições romanas expostas no tópico 1.3 e retomadas no título 3.3.

<sup>949</sup> Observa-se que na passagem o autor não se refere especificamente ao SUS. Faz menção ao meio ambiente.

Visto que o direito coletivo à saúde e o SUS inserem-se no contexto do Estado Social e, particularmente, Estado Democrático de Direito, o qual tem como uma de suas metas a justiça distributiva, ousa-se afirmar que o modelo elaborado nesta tese fornece alternativa ao questionamento de Bobbio (2000, p. 127) acerca da dificuldade de se estabelecerem os critérios de justiça distributiva<sup>950</sup>. Nesse sentido, considerando o setor saúde e partindo da configuração pós-moderna que vem sendo arquitetada, pode-se asseverar que tais critérios deverão ser estabelecidos diretamente pelo sujeito titular e proprietário dos bens coletivos extrapatrimoniais envolvidos em tal distribuição. Em outras palavras, para o contexto do trabalho, significa dizer que é a Sociedade personalizada quem deve deliberar sobre os critérios de justiça distributiva a serem adotados, em cada caso, no exercício e tutela do direito à saúde e do SUS.

Com o modelo proposto, verifica-se salto da democracia representativa, mesmo alargada, para a democracia participativa ou direta. Isso porque muda a lógica de representação, na qual a decisão final do processo participativo, ainda que formalmente possa ser dos cidadãos, na prática é das autoridades<sup>951</sup> (NÁRDIZ, 2010, p. 145) ou de representantes que figuram como conselheiros de saúde.

Do exposto, percebe-se que a primeira grande característica da nova estrutura exige (re)configuração no modelo de participação “comunitária” atual que poderá ser polêmica: a alteração do disposto na Lei 8.142/90 e as modificações em cadeia de normas municipais que dispõem sobre os Conselhos de Saúde, especificamente, no que diz respeito às atribuições deliberativas na formulação das políticas do setor.

Apesar de ser apenas o primeiro aspecto da mudança desencadeada pela introdução da proposta de participação pós-moderna no SUS, ele com certeza enfrentará muitas dificuldades. Por um lado, por envol-

---

<sup>950</sup> Após afirmar que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social assinalou passagem do direito de função protetora-repressiva para direito de caráter mais promocional, Bobbio (2000, p. 126, 127) observa que “é preciso também que se introduza algum critério de justiça distributiva. Aqui, como todos sabem, começam as dificuldades. Distribuir: mas com qual critério? O debate atual sobre o Estado social nasce da divergência de respostas a esta pergunta tão simples.”

<sup>951</sup> Do original: “*hay que tener en cuenta que en una democracia representativa la decisión final de un proceso participativo, aunque formalmente pueda ser de los ciudadanos, en la práctica es de las autoridades – [...]*” (NÁRDIZ, 2010, p. 145).

ver modificações conduzidas por meio de processos legislativos. Por outro, pela resistência que poderá existir frente à possibilidade de modificação de norma que simboliza conquista histórica. A Lei 8.142/90, assim como os Conselhos por ela instituídos, significa a vitória das lutas do movimento sanitário tanto em relação aos debates do período da Constituinte quanto diante do veto do presidente Collor aos dispositivos da Lei 8.080/90 que tratavam da participação comunitária.

Arretche (2005, p. 285) não se dedica ao resgate do coletivo. Suas análises também não se ajustam à presente proposta de processo participativo. Mas, ainda assim, sua observação pode auxiliar frente a possíveis posicionamentos contrários às mudanças acima descritas – e aquelas que ainda serão abordadas ao longo deste título. Isso porque a autora constata que:

Não há dúvida de que o SUS será modificado no futuro, pois o funcionamento regular de uma política inclui sua permanente reformulação. Alternância e partidos políticos no poder e a necessidade de contínuos aperfeiçoamentos implicam mudanças nas políticas. Mais do que isso, o SUS – assim como qualquer política Pública – é a expressão de diversas decisões sobre as regras de operação desta política particular, em distintos momentos críticos, fruto de intenso conflito entre diferentes grupos burocráticos e de interesse.

A asseveração serve, então, como fundamento para a abordagem das mudanças do processo decisório no SUS e das regras do jogo que direcionam tal processo. Por mais que o SUS e sua configuração atual representem avanços para a participação na saúde, isso não significa que eles devam permanecer como estão. Ao contrário, as modificações que se dão nos diversos aspectos da sociedade, e aí a própria mudança paradigmática, estão a exigir (re)configurações no setor saúde.

Ressalta-se que não se está sugerindo a extinção dos Conselhos de Saúde, mas sim a alteração do seu papel diante da estrutura participativa pós-moderna. Eles hão de ser mantidos como instâncias colegiadas do SUS e devem ter preservadas suas atribuições deliberativas que não invadam a competência da Sociedade, ou seja, que não envolvam o exercício e a tutela do bem coletivo saúde, como o caso das decisões acerca da formulação das políticas do SUS.

Com a introdução do novo modelo de participação a (re)configuração do papel dos Conselhos de Saúde manifestar-se-á em duplo

aspecto: o primeiro relacionado ao papel a ser assumido no âmbito dos novos processos; o segundo relativo aos processos que continuarão a se desenrolar na estrutura e sob a lógica atual. Neste, os processos assumirão a face de processos coletivos impróprios que devem conviver e equilibrarem-se com os processos coletivos próprios, aos moldes do que se preveem para o desenho pós-moderno no âmbito judicial, que foi exposto no tópico precedente.

A estipulação efetiva de quais serão os assuntos de competência da Sociedade personalizada nos processos participativos pós-modernos e aqueles que serão mantidos sob os cuidados dos processos coletivos impróprios dos Conselhos é questão a ser resolvida no caso concreto, retomando o exemplo da casuística romana. Em cada oportunidade será possível identificar se se trata realmente de questão relativa ao bem coletivo saúde a ser submetida à Sociedade. Sendo confirmada a hipótese, há de se aplicar o procedimento e princípios próprios. Conceituações e estipulações anteriores, baseadas apenas em fatos passados, não correspondem à complexidade do assunto<sup>952</sup>. Neste trabalho, parte-se da identificação de uma atividade cujo exercício cabe à Sociedade e não aos Conselhos: as deliberações sobre a formulação das políticas de saúde.

A ressalva acerca da necessidade de se estabelecer os assuntos a serem deliberados de forma direta pela Sociedade possibilita afastamento de críticas relativas à impossibilidade de *participação direta dos cidadãos*<sup>953</sup> em todas as decisões. Apesar de as críticas tecidas no título 3.1, como a de Bobbio e a de Bonavides, referirem-se à atuação *dos cidadãos*, procura-se evitar que elas possam ser dirigidas à atuação da Sociedade personalizada.

Paulo Bonavides (1995, p. 353) chega a considerar que tal conceito de democracia direta que se pautasse na convocação constante dos cidadãos

[...] se arredaria, por inteiro, das possibilidades reais e concretas do meio político e social de nosso tempo, porquanto a execução de tal modelo logo sucumbe a obstáculos talvez menos materiais e tecnológicos de aplicabilidade do que propriamen-

<sup>952</sup> As referências às lições romanas da casuística e da falta de preocupação em estipular conceitos podem ser conferidas no título 1.3.

<sup>953</sup> Recordar-se que na proposta de estrutura participativa o sujeito em evidência não é o cidadão e sim a Sociedade personalizada, no sentido explicado no tópico 1.3.



te psicológicos, gerados por fadiga cívica advinda da monotonia provocada pelo excesso de convocações plebiscitárias de natureza decisória.

Retoma-se a questão como cautela já que o modelo que ora se idealiza, partindo do caso das políticas do SUS, não prevê a convocação da Sociedade para todas e quaisquer situações relativas à saúde coletiva. Visa àquelas mais importantes e de caráter decisório que envolvam o exercício e tutela do direito coletivo à saúde no âmbito do Sistema Único, a serem identificadas caso a caso.

Além da identificação das situações a se submeterem ao processo coletivo próprio, há de se pensar que o tema da política a ser deliberada poderá ora se identificar mais diretamente com a Sociedade munícipe ora com a Sociedade do bairro ou de determinada zona. A constatação em nada muda a atuação da Sociedade personalizada para o exercício do bem coletivo SUS e saúde, mas permitirá a atuação deliberativa da Sociedade *afetada* em cada caso concreto e, também, a intervenção de qualquer interessado da Sociedade que não seja do município ou bairro. Esta intervenção poderá se dar, por exemplo, por meio do veto às decisões tomadas pela Sociedade munícipe, do bairro ou de uma zona.

Com base no exposto, *tendo em vista as decisões que dizem respeito à fase de formulação da política de saúde* e a transferência de sua competência para a Sociedade, a alteração do § 2º, artigo 1º, da Lei 8.142/90 poderia alcançar, ao mesmo tempo: a) a retirada da função deliberativa dos Conselhos; b) a (re)visão do papel dos Conselhos de Saúde *nos* novos processos participativos e *diant*e dos novos processos participativos.

Nesse sentido, a título preliminar, poder-se-iam indicar ao menos quatro funções dentro do *círculo de nova competência dos Conselhos* quando da atuação *nos processos coletivos próprios* e, especificamente, para a presente análise, quando estiverem em pauta a formulação das políticas de saúde: a) devem auxiliar a autoridade que for eleita ou designada para convocar e conduzir o processo deliberativo. Assim, sua atuação seria de auxiliar e de colaborador da autoridade que atua perante a Sociedade, a exemplo dos magistrados romanos, com base no poder de *imperium*. No desempenho de tal atividade, os Conselhos terão destaque por colaborarem com autoridade que, no caso em pauta, estará acima do Estado, dos indivíduos e da Sociedade; b) deverão se responsabilizar pelo fornecimento prévio de informações e esclarecimentos necessários para instrumentalizar os debates precedentes às deliberações, principalmente em relação aos aspectos operacionais do SUS; c) deverão auxiliar

os gestores na criação das condições de participação direta; d) deverão tomar as providências para o devido enquadramento dos processos na nova estrutura participativa quando o assunto da deliberação for a formulação da política de saúde.

A última função justifica-se em virtude do que já foi exposto acerca da existência de dois tipos de processos coletivos no âmbito do SUS: os próprios e os impróprios. Para cada tipo de processo administrativo deverão ser observadas e respeitadas as peculiaridades, os procedimentos e os papéis dos sujeitos. Ou seja, deverão ser tomadas as mesmas cautelas exigidas para o âmbito judicial no qual, conforme destaca José Isaac Pilati (2011, p. 144), há

[...] situações e processos distintos, que se complementam e que não se excluem. Mas cada um deve ser processado ao seu tempo e modo, e pelo procedimento próprio. Assim, se aflorar em autos de ação civil pública de interesse difuso (coletivo impróprio) um caso de processo coletivo propriamente dito, será dever do juiz, por imposição constitucional, por iniciativa própria ou a requerimento, promover imediatamente o processo participativo próprio. Determinará a realização de audiência pública, tomará as providências de publicidade e bem assim, a reunião de todas as informações necessárias à formação da agora de deliberação coletiva.

Tendo em vista que no SUS não há a figura do juiz, se for identificado casos de deliberação das políticas do setor caberá ao Conselho de Saúde auxiliar o gestor de saúde na convocação e condução dos processos coletivos próprios, em cada caso, tomando as providências para sua realização. Nessas situações seria de competência do gestor do nível federativo em questão a convocação inicial da Sociedade para se eleger a autoridade condutora do processo.

No exemplo do processo coletivo para o Plano Diretor, apresentado no título anterior, José Isaac Pilati destacou a importância de o condutor do processo deliberativo estar acima do Estado, do indivíduo e da Sociedade. Naquele caso, o autor ressaltou, também, que a autoridade a conduzir o processo deveria ser selecionada ou eleita em Assembleia Popular.

Para o caso da deliberação das políticas de saúde, ficam mantidas essas configurações. No entanto, acrescenta-se a elas mais um elemento:

a atuação do Conselho de Saúde como colaborador e auxiliar da autoridade do Executivo e daquela eleita. Justifica-se a inclusão em virtude da importância e conquistas que os Conselhos já representam no setor, mesmo diante de tantos problemas, críticas e riscos de cooptação, burocratização e clientelismo<sup>954</sup>. Esses problemas e riscos referem-se especialmente ao desempenho de sua função representativa, que na nova estrutura reduzem-se. Sob o novo desenho, democratiza-se a Administração Pública e torna-se possível mudar o quadro traçado no capítulo 2: de heranças patrimoniais, burocráticas, conservadoras, autoritárias e patrimonialistas.

Assim, além de configurarem-se como espaços de deliberação para os processos coletivos impróprios, aos Conselhos caberão os novos papéis ora listados. Esses papéis são traçados na presente tese a título preliminar, no seio da teorização da nova estrutura de participação que deverá ser aprimorada por meio de estudos e debates que envolvam não somente pesquisadores e profissionais da área da saúde, do direito e de outras áreas, mas a própria Sociedade<sup>955</sup>.

Nessa estruturação pós-moderna, conforme citado linhas atrás, há (re)visão, também, do papel dos agentes do Estado; dos espaços e instrumentos decisórios; dos procedimentos para a participação e do efeito ou vinculatividade do ato normativo que formaliza a decisão da Sociedade.

No caso dos agentes do Estado as alterações atingirão os gestores de saúde e o chefe do executivo do nível de governo em questão. No caso dos gestores de saúde apontam-se como novas funções: a) convocação inicial da Sociedade para a eleição da autoridade que conduzirá o processo participativo; b) fornecimento de informações e esclarecimentos acerca do SUS, de suas políticas e das suas questões operacionais. Competência que passa a ser tanto desses sujeitos quanto dos Conselhos, devido a sua importância para o processo participativo; c) criação de todas as condições para a realização do processo participativo.

No que diz respeito ao chefe do executivo, ele deverá aprovar ou rejeitar as deliberações da Sociedade. Assim como destacado no caso do Plano Diretor, também nessa seara administrativista ele não poderá alterar o conteúdo da deliberação. Sua atuação na função se equipara com aquela desenvolvida pelo Senado romano ao ratificar as decisões dos comícios mediante o exercício de seu poder de *auctoritas*. Por tratar-se de nova função, desempenhada no seio participativo e em equilíbrio com os demais atores, não pode ser equiparada àquela homologação

---

<sup>954</sup> Riscos mencionados no título anterior.

<sup>955</sup> Recorda-se que os próprios pesquisadores e profissionais são integrantes da Sociedade, sendo coproprietários do SUS.

que, no modelo atual, o chefe do executivo ou seu delegado deve exarar para que as decisões dos conselhos tenham efeito jurídico. Por se tratar de novo desenho e nova lógica, a crítica a tal modelo não se aplica ao modelo ora idealizado.

O exercício das novas funções pela Sociedade, pelos Conselhos, pelos gestores e pelo chefe do executivo, envolve a articulação e equilíbrio dos poderes de soberania, de *imperium* e de *auctoritas*, respectivamente. Daqui se comprova que o novo modelo não se baseia no fortalecimento da sociedade em função da retirada da força do Estado. Não há intenção de retirar poder de um sujeito para fornecê-lo a outro. A pretensão é que se definam, claramente, as competências de cada um deles nos processos coletivos próprios e que, com base nessas previsões, cada sujeito tenha sua função fortalecida na fase de formulação das políticas de saúde.

Recorda-se que no modelo que se propõe a atuação desses sujeitos deve dar-se ao molde das instituições políticas romanas, que se equilibravam. Conforme já citado no título 1.3, o povo romano nada quis senão ser assistido pelo seu senado e nada obrou senão diante de seus magistrados (COSTA, 1920, p. 4).

Apesar de as deliberações da Sociedade sobre a formulação das políticas nos processos coletivos próprios saírem da cobertura dos Conselhos, já se destacou, em várias oportunidades, que essa participação há de se dar em espaço institucionalizado. O que consiste em outra característica dos novos processos participativos no âmbito do SUS. Tema que envolve, também, a questão dos instrumentos decisórios.

Ao referir-se a arena institucionalizada para as deliberações dos processos participativos pós-modernos no SUS é necessário, então, desvincular-se dos espaços dos Conselhos de Saúde. Estes, como já foi visto, mantêm-se como instituições-organismo do SUS<sup>956</sup>, no entanto, sem funções deliberativas para formulação das políticas de saúde. No tópico 3.3 já se havia considerado que os Conselhos de Saúde caracterizam-se como arenas mais do que como instrumentos de participação<sup>957</sup>.

Para o processo coletivo participativo que se propõe, há de se refletir se o espaço institucionalizado para a deliberação da Sociedade será arena física como os Conselhos ou se será adotado outro modelo. Tam-

---

<sup>956</sup> Denominação utilizada por Aith, conforme exposição elaborada no título 2.2.

<sup>957</sup> Apesar de muitos autores – conforme exposto no capítulo 2 e nos tópicos precedentes – considerarem-nos como instrumentos de participação. E, alguns casos, até mesmo como mecanismos de participação direta.

bém há de se ponderar acerca de quais instrumentos serão utilizados para garantir a participação direta do sujeito coletivo, a Sociedade.

O assunto ganha importância visto que apesar de a democracia conferir a liberdade e direito de participar, ela, “não necessariamente estabelece os mecanismos e os processos para tal. Mesmo a multiplicação dos órgãos representativos decorre de pressões e demandas da sociedade” (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 987). Assim, os processos e mecanismos para participação direta tornam-se objeto de constante atenção.

A primeira observação sobre essas questões volta-se para a consideração acerca da desnecessidade de se criar espaço físico permanente para se desenrolarem os novos processos participativos *relacionados à formulação da política de saúde*. Acredita-se que o recurso aos instrumentos participativos, como, por exemplo, as audiências públicas, o referendo, o plebiscito, dentre outros, quando configurados sob a orientação pós-moderna criam, a cada convocação para deliberação, espaços de agora. Criam arenas compostas por instâncias físicas e digitais. Estas, viabilizadas pelo uso das tecnologias de informação e comunicação, que são categorias centrais do paradigma pós-moderno e sem as quais, em sociedades cada vez mais complexas, não há mais que se pensar em participação direta.

Nesse sentido, José Isaac Pilati (2011, p. 157) considera certo atualmente ter-se sociedade muito mais complexa

[...] do que a da Roma republicana. E é certo alegá-lo. Porém, os romanos não dispunham da tecnologia da comunicação eletrônica, da TV interativa e de todos os recursos que hoje podem transformar o país numa assembléia nacional, ou envolver todo um município numa audiência pública.

Com a velocidade que tecnologias da informação e comunicação se espalham e se inserem no cotidiano das pessoas, há de chegar o dia em que apenas elas subsistirão nos processos participativos. Por enquanto, considerando principalmente os fatores ainda altos de exclusão digital e mesmo tecnológica – de forma mais geral –, não se pode abrir mão dos espaços físicos. Esses locais poderão ser estipulados como espaços para dar acesso à Sociedade às tecnologias de informação e comunicação por meio das quais se desenvolverão os debates e deliberações sobre as políticas de saúde. Sob esse aspecto, estar-se-ia falando da estipulação de lugar físico – espaço que não serviria apenas para a participação na área da saúde, mas consistia em arena física para proporcionar a participação direta em qualquer setor.

Conforme mencionado no título 3.3, os processos participativos, por lidarem com nova classificação de bens, com novos sujeitos e com a (re)definição de papéis de tais atores, exigem a (re)estruturação do funcionamento dos instrumentos ou mecanismos participativos acima citados, que vêm sendo referenciados com grande frequência no contexto de democracia participativa<sup>958</sup>.

Dessa forma, desde que configurados de acordo com as peculiaridades do processo participativo pós-moderno, os instrumentos participativos criarão, a cada oportunidade, as ágoras de deliberação sobre a formulação das políticas de saúde.

As audiências públicas mostram-se como instrumentos com grande potencialidade de adequação ao novo cenário. Os exemplos de processos participativos no âmbito legislativo, como o Plano Diretor, e na seara administrativista com as deliberações sobre OGM, ambos citados no título anterior, já evidenciam a importância de tal mecanismo no cenário jurídico-político pós-moderno da República participativa.

No âmbito da saúde, esse instrumento foi previsto recentemente pela Lei Complementar nº 141/12 para viabilizar a participação social na elaboração dos planos de saúde. Aqui se deve recordar que, apesar de esses planos consistirem nos instrumentos por meio dos quais se materializa a política de saúde, eles não se confundem com a política assim como o seu processo de elaboração não se identifica com o processo de elaboração das políticas de saúde. No título 3.3 já se observou a relação entre política e planejamento, tendo sido destacado que no âmbito deste encontram-se os planos de saúde, que são instrumentos por meio dos quais se materializam a política do setor.

Apesar de discorrer sobre os Conselhos e a proposição das políticas de saúde observando a atual configuração da participação no SUS, Carvalho (2007, p. 4) não deixa de citar a importância que as audiências públicas podem assumir no contexto.

As audiências têm sido, ainda, objeto de estudo e pesquisa de José Isaac Pilati. O autor tem levantado debates e elaborado textos voltados para a configuração e adequação desse instrumento às exigências do novo modelo participativo<sup>959</sup> visando, especialmente, as discussões do Plano Diretor.

---

<sup>958</sup> Instrumentos e contexto citados especialmente no título 3.1.

<sup>959</sup> O autor, que é professor na Universidade Federal de Santa Catarina, tem direcionado debates sobre o tema no âmbito de suas disciplinas ministradas no Programa de Pós-Graduação em Direito.

Diante da atenção que as audiências têm recebido, a presente proposta de processo participativo, da qual decorre a (re)configuração da estrutura de participação “comunitária” no SUS, recorre a tal mecanismo para indicá-lo como o meio a ser utilizado para criar a ágora que viabilizará a participação de todos, da Sociedade, nas deliberações acerca das políticas de saúde. Opção que não exclui a utilização de outros mecanismos participativos para o mesmo processo.

Outra (re)visão fundamental a ser destacada acerca dessa nova estrutura participativa no âmbito do Sistema Único, diz respeito às decisões que resultarão de tais deliberações. Sob esse aspecto destacam-se ao menos dois pontos que já foram examinados neste trabalho: a) a questão da forma pela qual as decisões serão exteriorizadas, ou seja, formalizadas; b) que tais decisões caracterizar-se-ão como novo tipo de norma: participativa e inclusiva, típica de paradigma de pluralismo jurídico, conforme explicado no tópico 3.3.

Tendo em vista esses dois pontos, deve-se colocar em evidência questão premente: a vinculatividade e, assim, o efeito de tais normas não apenas no âmbito do poder executivo, mas no plano jurídico de forma geral. Trata-se de questão que se torna problemática no âmbito da função executiva, como já mencionado também no título 3.3 e nos títulos 2.3 e 3.3, em virtude de as decisões provenientes do âmbito administrativo, principalmente relacionadas às políticas, resultarem em figuras que não costumam ser reconhecidas no plano jurídico em virtude não só da falta de padronização de sua formalização, mas também de se exteriorizarem por meio de normas de baixa hierarquia.

Agustini destaca a questão acerca da falta de reconhecimento destas normas de baixa hierarquia como, por exemplo, as Portarias. O tema, examinado especialmente no tópico 2.3, envolve, como analisado, a dificuldade do direito em lidar com as políticas de saúde<sup>960</sup>.

Nos processos coletivos judiciais e legislativos a questão é mais pacífica. Isso em razão do poder de vinculação dos instrumentos pelos quais as decisões tomadas em tais processos se exterioriza: leis e decisões judiciais, respectivamente.

Nesse sentido, o resgate do coletivo e a criação dos processos participativos pós-modernos no âmbito administrativo passam a exigir que seja repensada a questão da hierarquia normativa quando estiver em questão decisões coletivas que fazem com que as políticas não sejam

---

<sup>960</sup> Tema ao qual se dedica Bucci.

apenas de Estado, mas que sejam, especialmente, políticas da Sociedade e que, por isso, devem assumir o mesmo efeito de leis e decisões judiciais participativas<sup>961</sup>. Trata-se de outra transformação direcionada pela introdução de processos participativos administrativos pós-modernos.

O autor mencionado acima tece algumas considerações que se tornam relevantes para tais mudanças. Partindo do exemplo da Portaria, ele afirma que na visão positivista esses instrumentos normativos são fontes formais do direito de hierarquia inferior à lei e à Constituição. Ele assevera, de um lado, a desnecessidade de formalização de novas normas pelo Legislativo, tendo em vista, especialmente, a falta de celeridade. De outro, destaca que a legislação não pode predizer ou prever todas as situações que exigirão ação da Administração Pública. Nesse espaço de discricionariedade administrativa cabe ao administrador preencher o vácuo da lei. Diante do cenário, o autor chama atenção para a importância de o Judiciário poder e dever utilizar essas normas infralegais<sup>962</sup> (AGUSTINI, 2009, p. 112; 114; 116; 248).

O quadro que o autor traça reforça a necessidade de se rever a vinculatividade de tais atos normativos, particularmente, quando o seu conteúdo consiste em decisão deliberada pela Sociedade personalizada. Considera-se que esse é mais um desafio que advém da reconstrução do modelo normativo pós-moderno.

No que diz respeito à questão normativa no âmbito de tais processos coletivos, o tema assume, ainda, outra perspectiva de análise: aquela que se ocupa com as regras que regulam o próprio processo participativo.

Sob esse aspecto destacam-se os estudos de Bobbio. Mesmo sem adotar a ideia central de seu trabalho<sup>963</sup>, algumas de suas anotações sobre regras de procedimentos do jogo político democrático tornam-se relevantes para o desenho participativo que ora se propõe.

Já se destacou em várias oportunidades que a presente proposta de tese baseia-se na teoria desenvolvida por José Isaac Pilati. No entanto, é importante considerar a opção pelo marco teórico, apesar de afastar vários posicionamentos doutrinários acerca do tema participação, como aqueles apresentados no tópico 3.1, não deixa de considerar algumas

---

<sup>961</sup> Tema já tratado no título 3.3

<sup>962</sup> O autor dedica-se especialmente aos Protocolos Clínicos.

<sup>963</sup> No tópico 3.1, apresentou-se, brevemente, a proposta deste autor em torno da ampliação do processo de democratização. Naquela oportunidade esclareceu-se que Bobbio não é partidário da democracia direta.



análises elaboradas no seio de tais doutrinas<sup>964</sup>. Isso porque mesmo fazendo parte de contexto teórico não condizente com o referencial do presente trabalho, são observações que auxiliam na organização dos elementos ora mencionados e que, em alguns casos, ressalvado o contexto de sua elaboração, podem oferecer recursos fundamentais para se alcançar o objetivo final da tese.

Feita a ressalva, volta-se ao que dispõe Bobbio (2000, p. 30-31). O autor afirma que só há uma maneira de se alcançar acordo quando o tema é democracia<sup>965</sup>: “considerá-la como ‘caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*’”<sup>966</sup>. Ele assevera que a

[...] razão pela qual é necessário o debate sobre as regras do jogo num discurso sobre os sujeitos e sobre os instrumentos do ‘fazer política’ está no fato de que é impossível desconsiderar que existe um estreitíssimo nexó entre as regras dadas e aceitas do jogo político, de um lado, e os sujeitos que deste jogo são os atores e os instrumentos com os quais se pode conduzi-lo a bom termo, de outro. Para insistir na metáfora, existe um estreitíssimo nexó que liga as regras do jogo aos jogadores e a seus movimentos. Mais precisamente: um jogo consiste exatamente no conjunto de regras que estabelecem quem são os jogadores e como devem jogar, com a consequência de que, uma vez dado um sistema de regras do jogo, estão dados também os jogadores e os movimentos que podem ser feitos. (BOBBIO, 2000, p. 80)

Essas considerações fornecem mais um reforço para o reconhecimento de que nova estrutura participativa para o SUS, característica da pós-modernidade, não pode se conformar às regras do paradigma moderno. Seria absurdo

---

<sup>964</sup> O que se percebe da citação tanto da obra de Bobbio quanto de outros autores cujas obras não correspondem, diretamente, à proposta da teoria de base adotada na presente tese.

<sup>965</sup> Aqui ele se refere à democracia como contraposta a todas as formas de governo autocrático (BOBBIO, 2000, p. 30-31).

<sup>966</sup> Recordar-se que Habermas também dá especial atenção ao procedimentalismo, como visto no tópico 3.1.

[...] imaginar um modo diverso de fazer política com atores e movimentos diversos sem levar em conta que, para fazê-lo, é preciso mudar as regras que previram e criaram aqueles atores e organizaram aqueles movimentos inclusive nos mínimos detalhes. (BOBBIO, 2000, p. 81)

Mesmo sem se referir ao resgate do coletivo, o exame de Bobbio coaduna-se com a ideia de que é preciso começar a transformação pelo eixo central que conduz toda a lógica do paradigma. Isso porque é a mudança em tal eixo que permitirá a inclusão de novos elementos – novos atores e novos movimentos derivados do resgate do coletivo – e, assim, de novo processo que evidenciará a necessidade de se (re)definirem os papéis dos sujeitos que atuam nas deliberações das políticas de saúde e, conseqüentemente, novas regras de procedimento. Regras que devem estipular, então: novos papéis; novas arenas decisórias; relação e equilíbrio entre os diferentes sujeitos; o caráter vinculativo das decisões coletivas.

Além disso, há de ressaltar que essa nova estruturação exigirá a (re)visão, também, do tipo de relação mantida entre o executivo e o legislativo, especialmente no que diz respeito às questões orçamentárias que estarão envolvidas nas deliberações da Sociedade. Deverá haver cooperação.

No seio do contexto ora traçado, de idealização e teorização de nova estrutura participativa e conseqüente (re)configuração da atual, ganham realce os seis questionamentos propostos por Escorel e Moreira (2008, p. 982-986) ao buscarem definição para o termo *participação social*: a) quem participa?; b) qual o objetivo da participação?; c) quais os condicionantes da participação dos sujeitos?; d) qual o papel das instâncias participativas?; e) qual o grau de reconhecimento e legitimidade que as instituições atribuem às instâncias participativas?; f) qual a influência do ambiente participativo?

Em relação à questão posta na letra “a” os autores discorrem sobre a importância de se identificar: os sujeitos coletivos em situação histórica e concreta; se participam direta ou indiretamente; se esta participação é condicionada, forçada e/ou compulsória ou voluntária (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 982-986).

Considerando as anotações, destaca-se que para a presente tese identificam-se: a Sociedade repersonalizada como o sujeito coletivo; a necessidade de analisar a realidade de cada município ou até mesmo

zona/bairro/distrito sanitário do município onde se dará a participação; a participação direta da Sociedade; a participação voluntária.

No que diz respeito ao segundo questionamento, os autores esclarecem que a atuação dos sujeitos dá-se no sentido de se alcançarem objetivos mais ou menos precisos que se baseiam em um

[...] *mix* de motivações que transitam por propostas egoístas, individuais, solidárias e/ou coletivas. [...]. Objetivos que podem visar à manutenção, reforma ou mesmo a transformação completa da situação em que participam. (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 982)

Nesse sentido, para o modelo que se propõe, o objetivo a ser alcançado deve ser justamente o acordo deliberativo da Sociedade, no procedimento, em meio ao jogo de interesses de diferentes integrantes da própria Sociedade, enquanto condôminos, no exercício do direito coletivo quando da definição do interesse a ser adotado em determinada política de saúde. O rumo a ser tomado a partir de tal decisão poderá representar mudanças radicais ou não ao panorama apresentado à Sociedade deliberante, isso porque a decisão a ela pertencerá.

Acerca do tema levantado na letra “c” os autores ora mencionados consideram como condicionamentos à participação: aqueles culturais, que derivam de situações que envolvem o sexo, a camada social, a idade, o grau de instrução e os psicossociais como valores e normas. Todos eles considerados fatores que influenciam nas características comportamentais dos sujeitos. Além disso, as próprias instâncias, nas quais se dá a participação, encontram-se condicionadas pelo regime político da sociedade em que se inserem (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 983).

Tais questões servem para realçar o destaque que já foi dado para o aspecto educativo, informativo e de linguagem a ser desenvolvido em relação aos novos espaços de participação social. Isso porque se deve ter sempre em vista a diversidade sociocultural e econômica que existe não apenas entre municípios, mas, especialmente, em zonas, bairros ou distritos sanitários do mesmo município. Devem ser levadas em conta as peculiaridades que existem entre os diferentes integrantes que formam o todo da Sociedade personalizada. Isso para que seja possível a cada um dos integrantes desse coletivo, enquanto membro da Sociedade, a atuação em pé de igualdade na defesa e exercício do bem comum *saúde*.

Em relação ao exame dos autores a respeito das instâncias, ressalta-se que o funcionamento daquelas propriamente coletivas exige que seja posta em prática a lógica pós-moderna. Assim, torna-se necessário, como já afirmado, que a pós-modernidade, com toda sua complexidade, assuma-se como paradigma e possa, dentre outras situações, organizar espaços decisórios que realmente possibilitem o regime político de participação direta prevista para a República participativa brasileira no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal<sup>967</sup>.

Para a questão posta na letra “d” verifica-se a resposta dos autores no sentido de que as instâncias participativas têm como papel: reunir os sujeitos; “definir estratégias para que os objetivos contraditórios possam ser debatidos; submetê-los a um processo de escolha; e, definido o rumo a seguir, direcionar sua atuação para as instituições que regulam as relações existentes nas situações em que pretendem participar”. Para eles, o exame desses espaços de reunião relaciona-se a aspectos de organização, democratização, autonomia e gestão participativa. Situações que envolvem as regras para que os sujeitos interessados se integrem ao processo de participação e às oportunidades que se lhes apresentam para a deliberação, como o acesso à informação, a qualificação e a capacitação de tais sujeitos (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 984).

Essa situação relaciona-se com tema essencial para a presente tese, que já foi retomado neste título após ter sido examinado, particularmente, nos tópicos 1.3, 3.3 e 3.2: a definição e (re)definição dos papéis de todos os integrantes envolvidos no processo de deliberação para a formulação das políticas de saúde no nível municipal. Isso porque questionar sobre o papel das instâncias participativas é pôr em debate a própria função que os sujeitos envolvidos assumem nas arenas de participação. Arenas nas quais a Sociedade e autoridades - que também compõem a Sociedade - encontram e deliberam enquanto condôminos do bem coletivo para a definição do conteúdo da política de saúde. Atuação que, para ser esclarecida, não pode prescindir, como já afirmado e reafirmado, de informação e educação, inclusive sobre questões técnicas, assunto a ser retomado.

---

<sup>967</sup> Para Bonavides (2008, p. 287), os mecanismos constitucionais de democracia participativa ora mencionados, junto aos preceitos fundamentais, possibilitam reforma profunda nas instituições. Ele considera que a crise do sistema representativo “nos conduz à necessidade de estabelecer, de imediato, pelas vias constitucionais, a democracia participativa, de todo exequível, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, combinado com o art. 14 da mesma Carta.”

Nesse sentido, argumentos sobre a especificidade que envolve questões técnicas e operacionais do SUS não devem servir como fundamento para afastar a participação direta da Sociedade. Leal (2006, p. 70) considera o caráter ideológico deste tipo de tese e destaca que ela se encontra em argumentos tanto endógenos quanto exógenos à gestão da coisa pública. Os argumentos endógenos

[...] trabalham com a idéia de que o tema da administração pública possui um grau de complexidade e especificidade que vai desde sua dimensão gramatical/linguística até a sua operacionalização, eis que conta com um universo categorial tão próprio e pontual que só é alcançado pelos já iniciados em sua ciência, deixando os incautos cidadãos comuns do povo sem compreensão sgnica dos seus enunciados e discursos, o que inviabiliza, por consequência, a compreensão de suas práticas, eis que decorrência da operacionalização daqueles conceitos e discursos. Em tal cenário, o que resta à sociedade é, tão-somente, avaliar os resultados das ações e políticas públicas, sendo-lhes vedada o atingimento dos níveis de discussão e de liberação sobre a concepção/eleição daquelas ações e políticas – questões restritas às instituições competentes.

No que diz respeito aos argumentos exógenos, o autor em referência afirma versarem “sobre a idéia de que a participação social na gestão da coisa pública encontra limites cognitivos e institucionais, [...]”. A questão da cognição estaria relacionada à falta de conhecimentos da sociedade em torno da administração pública e, consequentemente, à impossibilidade de discernimento da sociedade a respeito de temas que lhe digam respeito. No aspecto à questão institucional, ela estaria delimitada em razão da falta de organicidade política e institucional da comunidade (LEAL, 2006, p. 70).

Afastar essas ideias torna-se ponto essencial para que a participação direta realmente se concretize nos processos de formulação das políticas de saúde, a serem deliberados, por exemplo, por meio de audiências públicas. Apesar da consideração, é preciso ter em vista não só a importância da informação e educação no processo que se propõe, mas também as dificuldades que envolvem o tema.

Bonavides (1995, p. 370)<sup>968</sup> reconhece que a informação é um dos grandes obstáculos levantados à concretização do princípio democrático e da democracia direta. Refere-se especialmente à sua manipulação por oligopólios ou monopólios privatistas.

Em relação ao grau de reconhecimento e legitimidade das instâncias participativas, Escorel e Moreira (2008, p. 985) destacam a importância de se analisarem os elementos que constituem a relação entre a instituição e a instância participativa. Para eles, “quanto maior o grau de um reconhecimento, maior o nível de institucionalização, ou seja, a incorporação oficial do debate sobre a situação e da participação que a ela se dirige”.

No entanto, os autores destacam que se deve observar que, de um lado, tanto a institucionalização quanto o reconhecimento podem se dar apenas formalmente. Caso isso ocorra, verificar-se-á manobra de esvaziamento de tais arenas, maneira sutil de retirar-lhes a legitimidade. De outro, que a institucionalização de tais espaços não cria “magicamente a igualdade de oportunidades de acesso ao poder nem eliminam as desigualdades de potência reivindicatória entre os segmentos sociais”<sup>969</sup> (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 985). Nesse sentido,

A oficialização das instâncias participativas, assim como seu reconhecimento jurídico e sua institucionalização, tendem a *produzir regras mais claras de acesso, funcionamento e atribuição*. Isso não significa que instâncias que não se oficializem não tenham legitimidade social, *mas que os sujeitos terão mais dificuldades para atingirem seus objetivos*, uma vez que não há uma obrigação legal de reconhecê-los. (ESCOREL; MOREIRA, 2008, p. 985, grifo nosso)

Tais anotações seguem no sentido do reconhecimento, feito há pouco neste e em outros títulos, de que a arena participativa para o exercício do direito coletivo à saúde no SUS há de ser institucionalizada. E que é fundamental que sejam previstas as regras do jogo que nela se desenrolará.

Bento (2003, p. 229), que também aborda a democratização da administração pública por vertente diferente da ora adotada na tese, é

---

<sup>968</sup> Vide a breve apresentação da proposta do autor no tópico 1.3.

<sup>969</sup> Nessa passagem, os autores referem-se à obra de Carvalho.

mais um autor a destacar a importância dos espaços institucionais de participação. Ele considera que para a

[...] participação social na administração pública, no contexto de uma esfera pública<sup>970</sup> politizada e democrática, é essencial o desenvolvimento de desenhos institucionais discursivos que incluam a deliberação como dimensão necessária da participação.

No exame da última questão levantada pelos autores, aquela sobre a influência do ambiente participativo, eles apresentam a compreensão a que chegam acerca da *participação social*:

[...] um conjunto de relações culturais, sociopolíticas e econômicas em que os sujeitos, individuais ou coletivos, diretamente ou por meio de seus representantes, direcionam seus objetivos para o ciclo de políticas públicas, procurando participar ativamente da formulação, implementação, implantação, execução, avaliação, fiscalização e discussão orçamentária das ações, programas e estratégias que regulam a distribuição dos bens públicos e, por isso, interferem diretamente nos direitos de cada cidadão. (SCOREL; MOREIRA, 2008, p. 986)

Não há como desconsiderar que a participação no SUS envolve todo esse conjunto de relações. Entretanto, no que diz respeito aos sujeitos, ao modo de sua atuação e aos bens que estão colocados no centro das deliberações, a presente proposta enfatiza algumas estipulações: a deliberação não cabe aos sujeitos individuais. Ela é atribuição do sujeito coletivo: a Sociedade devidamente repersonalizada. Sujeito que no novo paradigma tem resgatado a capacidade de atuação jurídica e política e que, por isso, pode e deve atuar diretamente na definição dos objetivos estabelecidos na fase de formulação das políticas do setor, o que consiste em forma de exercício do direito coletivo à saúde a partir do SUS.

Recorda-se que o processo deliberativo sobre políticas de saúde, como processo coletivo próprio que é, “tem especificidade que brota da

---

<sup>970</sup> Ressalta-se, considerando explicações tecidas no título 3.1, o cuidado a ser tomado quando do uso desse termo.

autonomia dos bens coletivos, da titularidade coletiva e da estrutura constitucional de participação em favor de um titular diferenciado – que *é o cidadão coletivo despersonalizado: a Sociedade*” (PILATI, 2011, p. 143-144). Contexto no qual o cidadão coletivo se despersonaliza e a Sociedade se (re)personaliza.

O *modelo de processo participativo pós-moderno no SUS* até aqui traçado enquadra-se nos requisitos comuns que, segundo Vilarrasa (*apud* NÁRDIZ, 2010, p. 145), todo processo de participação cidadã deve conter, independentemente das peculiaridades próprias, para ser considerado verdadeiramente participativo: a participação deve ser *a priori* da decisão, sobre tema definido claramente, com normas de funcionamento que fixem e descrevam os objetivos do processo e as responsabilidades dos participantes, devem contar com a participação de todos os interessados e afetados, devem oferecer informação suficientemente relevante e compreensível e devem contar com estratégias de interação que despertem o interesse dos participantes e fomentem a participação dos mesmos<sup>971</sup>.

Com a concepção dos processos pós-modernos no SUS, que viabilizam a participação direta da Sociedade, a articulação entre democracia representativa e democracia direta, alvo de diversas análises que se desenvolvem no contexto participativo e pós-moderno, como visto no tópico 3.1, ganha nova proporção.

Bonavides (1995, p. 363), que considera a participação direta como direito de quarta geração, faz anotação que serve para evidenciar a importância da questão acima levantada:

Onde está o liame entre democracia direta e a democracia em geral, compreendida como um direito fundamental, um direito da nação, da sociedade e, sobretudo, da cidadania? [...]

---

<sup>971</sup> Tradução livre do original: “*Independientemente de las peculiaridades propias de cada proceso de participación ciudadana, señala Colombo Vilarrasa que todos ellos deben tener una serie de requisitos comunes para poder considerarlos verdaderamente participativos: la participación debe ser a priori de la decisión, sobre un tema definido claramente, con unas normas de funcionamiento que fijen y describan los objetivos del proceso y las responsabilidades de los participantes, deben contar con la participación de todos los interesados y afectados, deben ofrecer información suficiente, relevante y comprensible y deben contar con estrategias de interacción que despierten el interés de los participantes y fomenten la participación de los mismos.*” (NÁRDIZ, 2010, p. 145).



Acha-se menos na doutrina, que ainda está por nascer, do que na realidade, onde desde muito assume contornos imperativos, oriundos de situações fáticas cujo advento obriga a uma produção torrencial de atos normativos indispensáveis a reger relações cada vez mais complexas de organização democrática do poder numa sociedade politicamente estruturada. [...]

O exame das relações, sujeitas a processo regulamentador ou complementar, põe a nu o *atraso legislativo e a incapacidade normativa do sistema clássico de representação para responder, por via consensual, de modo imediato e satisfatório, às agudas exigências perfiladas em âmbito executivo*. (grifo nosso)

Da afirmação verifica-se que a relação entre democracia participativa e representativa está intimamente ligada a duas questões: a necessidade de reconhecimento de normas elaboradas em contexto diverso do legislativo, assunto já examinado há pouco; e à crise de legitimidade do direito e das polícias estatais, já comentada no título 1.2.

Em relação ao último ponto recorda-se a afirmação de Leal (2006, p. 1.676) segundo a qual

[...] a falta de envolvimento efetivo no processo de definição e execução de políticas públicas das pessoas atingidas por elas, apresenta-se, por certo, como uma das grandes causas dos seus insucessos ou mesmo, da falta de eficácia e ressonância societal.

Não por acaso, Appio (2009, p. 167) afirma que é a combinação entre a democracia direta e a democracia representativa que direciona o sucesso da política pública e que garante a legitimidade das decisões governamentais ao possibilitar a aproximação entre governantes e governados em torno dos direitos fundamentais, núcleo da Carta Constitucional de 1988.

Canotilho (2000, p. 285-286) se ocupa com a questão em pauta. Ao falar da Carta constitucional portuguesa assevera que o texto “‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e

participativo”. Do que se tem princípio democrático-participativo complexo que, por um lado, envolve a democracia representativa, com seus órgãos representativos, eleições periódicas, separação de poderes e pluralismo partidário e, de outro, a democracia direta, ou seja, a “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”<sup>972</sup>. Princípio que, além desses dois aspectos, apresenta dimensões não apenas materiais, mas também procedimentais<sup>973</sup>.

No que diz respeito à proposta participativa pós-moderna para o SUS, não há como negar que ela emerge como alternativa para a crise de legitimidade das políticas de saúde. O novo modelo viabiliza que a Sociedade, direta e autonomamente, seja responsável pelos *inputs* políticos no sistema. Viabiliza que ela exerça o seu direito coletivo. Além disso, para que a arquitetura desse desenho participativo seja operacionalizada, torna-se necessário que haja a relação entre democracia direta e democracia participativa, o que significa modelo de participação no SUS que alcance a nova estrutura ora proposta e coloque-a em equilíbrio com aquela que já existia e que será (re)configurada. Apesar de os parágrafos anteriores traçarem algumas considerações acerca dessa relação, elas não conseguem alcançar a complexidade exigida para a nova configuração.

---

<sup>972</sup> Pereira (2008, p. 181-182) também se ocupa com o tema em comentário e afirma que: “Apesar das pesquisas indicarem também a possibilidade de incremento da eficácia decisional, a grande contribuição da introdução de fórmulas e mecanismos de democracia participativa relaciona-se mais intimamente com o aumento do índice de *legitimidade* do sistema político. Tal aumento se dá de acordo com dois critérios: em primeiro lugar, aumenta-se o índice de legitimidade no que tange aos *inputs* do sistema (demandas), uma vez que a abertura à participação gera um panorama mais fiel do conjunto de interesses, valores e expectativas presentes na sociedade e ajuda a trazer à tona do discurso político as vozes ‘não ouvidas’, contribuindo, enfim, para um maior respeito ao princípio da igualdade política e da proteção equânime dos interesses. Em segundo lugar, constata-se igualmente um incremento no índice de legitimidade no que toca aos *outputs* do sistema (decisões tomadas), na medida em que estes passam a refletir o resultado de um processo que, ao se fundar necessariamente sobre o princípio do pluralismo, da tolerância e da transparência, foi direcionado em torno da valorização dos métodos de promoção de consenso e de ajustes de interesses, bem como submetido a altos índices de controle e verificação da adequabilidade dos requisitos decisórios formais e materiais.”

<sup>973</sup> Conforme explicado, especialmente, no tópico 2.1.

Embora não se compartilhe completamente da teoria participativa apresentada por Santos e Avritzer (2003, p. 64-65), nos termos já explicados no tópico 3.1, a proposta dos autores acerca da relação entre os dois tipos de democracia acima citados apresenta mais afinidade com a proposta da tese. Eles afirmam que há duas formas de relação entre tais tipos de democracia: uma de coexistência e outra de complementaridade. Dando ênfase a esta explicam tratar-se de forma mais profunda de articulação entre as duas formas de democracia. Afirmam que a complementaridade

[...] pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como os concebidos no modelo hegemônico de democracia.

Essa ideia de complementaridade entre as duas formas de democracia pode ser ponderada para a estrutura de exercício do direito coletivo à saúde no SUS aqui traçada. No entanto, deve-se observar que, diferentemente do presente trabalho, os autores supracitados referem-se à participação em espaço público não estatal. Por isso, a reflexão de suas disposições exige que sejam feitas algumas adaptações. Destaca-se a importância de considerar que o reconhecimento da participação pelo governo se daria, para esta tese, por meio da institucionalização do espaço de deliberação do processo coletivo próprio. Na esteira do entendimento acima transcrito, ele substituiria parte do processo de deliberação e representação moderno e passaria a acontecer num espaço de agora e não de Estado.

Com as últimas observações, finaliza-se a teorização em torno *da estrutura de participação para o exercício do direito coletivo à saúde no SUS*. Trata-se, como já enfatizado, de desenho inicial a ser avaliado e aperfeiçoado mediante construções elaboradas em contexto coletivo e complexo, digno da pós-modernidade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese tratou sobre o direito à saúde. Foi orientada pela preocupação de identificar formas de exercício da sua dimensão coletiva constitucional, de direito de todos, no contexto jurídico-político pós-moderno brasileiro, constituído pela República Federativa Participativa a partir da Constituição de 1988.

Sob uma perspectiva paradigmática que – baseada nas lições da democracia direta da *res publica* e do equilíbrio das instituições políticas da República Romana – garante autonomia à dimensão coletiva do direito à saúde, o trabalho identificou que o atual modelo participativo da “comunidade” no Sistema Único, no qual as políticas públicas – que são instrumento de exercício do direito coletivo à saúde – são formuladas por deliberação dos Conselhos de Saúde, não corresponde ao paradigma pós-moderno introduzido no Brasil pela Constituição de 1988. Do que atestou a necessidade de formatação de nova estrutura procedimental-participativa para viabilizar a atuação direta da Sociedade nas decisões em torno de tais políticas.

No quadro da pós-modernidade, a Sociedade ganhou novo significado e foi grafada com a inicial maiúscula para não ser confundida com os conceitos modernos. A Sociedade, como sujeito de direito do bem coletivo, foge às abstrações e generalizações do paradigma anterior e foi explicada como a organização jurídico-política de uma universalidade de cidadãos que se forma no procedimento, sempre sob a orientação da autoridade competente – a ser eleita pela própria Sociedade – e baseada no equilíbrio entre autoridades e Sociedade, em que se verifica que esta não exclui o Poder Público.

Orientado pela visão paradigmática fornecida pela teoria de base, o trabalho constatou as limitações do atual modelo de participação “comunitária” na formulação das políticas do Sistema Único de Saúde e procurou contribuir para o desenvolvimento de formas adequadas para o tratamento do direito coletivo à saúde mediante a idealização de uma estrutura participativa própria, na qual o exercício desse direito de todos, por meio da deliberação das políticas do Sistema, cabe ao titular deste: a Sociedade.

Para teorizar tal contribuição, a tese estruturou o conteúdo de forma a permitir ao leitor a identificação do método, ou seja, do caminho percorrido para idealizar a nova estrutura participativa.

Nesse sentido, apresentou explicações iniciais sobre o direito à saúde e, especificamente, sobre o exercício e a tutela do direito coletivo

à saúde num contexto jurídico-político de vertente paradigmática, evidenciando a importância de se dedicar não apenas aos conceitos, classificações e instituições que lhe dizem respeito, mas também a necessidade de observar e rever o eixo que orienta e direciona a configuração de tais conceitos, classificações e instituições. Destacou, então, a importância de se compreender a função de um paradigma.

Descreveu a modernidade e a pós-modernidade jurídico-política para examinar o desenvolvimento e a disseminação do direito coletivo à saúde em tempos pós-modernos. Explicou o porquê de as novas categorias e elementos manterem-se sob coordenadas modernas e esclareceu que, em virtude da manutenção dessa lógica, o exercício e a tutela do direito de todos à saúde – por meio das políticas públicas, do poder de polícia e na seara judicial – configuraram-se, de acordo com o modelo individualista da modernidade no qual a capacidade de atuação jurídica e política é reconhecida apenas ao Estado e ao indivíduo.

Demonstrou a necessidade de a pós-modernidade jurídico e política assumir-se enquanto paradigma para possibilitar o adequado exercício e tutela do direito coletivo à saúde. O que significa reconquistar a complexidade do quadro do Direito e da Política diante da (re)tomada da dimensão coletiva dos bens, dos sujeitos e dos processos, num cenário que foi reduzido e simplificado por abordagens dicotômicas entre o público e o privado, entre o Estado e o indivíduo e por relações representativas entre esses dois grandes sujeitos numa configuração voltada a instituir, legitimar e propagar a apropriação privada.

Ressaltou que esse quadro indica a mudança na lógica, no eixo que orienta a organização e operacionalização de conceitos, elementos e categorias. Indicou tratar-se de uma lógica complexa pautada na autonomização do bem coletivo, no reconhecimento de sua titularidade enquanto bem pertencente à Sociedade personalizada, e que, por isso, por ela deve ser exercido e tutelado diretamente em processos coletivos próprios.

A tese destacou, ainda, que tal modelo pauta-se no equilíbrio entre o coletivo, o público e o privado, no qual a Sociedade não é mais uma abstração, e sim realidade concreta, formada pela universalidade de cidadãos no procedimento participativo do qual fazem parte as próprias autoridades competentes pela condução e chancela final de tal processo.

Observou e explicou que as condições e os elementos necessários para que a pós-modernidade assuma a função paradigmática não se encontram no modelo de sociedade anterior. Não por acaso, anotou que o marco teórico da tese resgata o coletivo pela experiência da Roma Re-

publicana que, mediante o funcionamento equilibrado de suas instituições políticas – *populus*, *senado* e *magistrados* – e o regime da *res publica*, oferece sábias lições para o tratamento do coletivo sob uma perspectiva paradigmática e desestatizada, capaz de viabilizar que o exercício e a tutela do direito coletivo à saúde saiam do círculo dos voluntarismos estatal e individual e do aspecto de solidariedade, para serem assumidos enquanto competência da Sociedade personalizada.

Num segundo momento, o trabalho traçou o quadro geral de discussão do problema: analisou o contexto constitucional pós-moderno de tratamento do direito à saúde no Brasil e explicou o modelo participativo de formulação das políticas do Sistema Único por meio dos Conselhos de Saúde com intento de explicitar a configuração hodierna do exercício do direito de todos à saúde pela fase de formulação de tais políticas.

Demonstrou que, após a Constituição de 1988, o panorama jurídico-político brasileiro enquadra-se nas características gerais daquilo que vem sendo denominado de pós-modernidade jurídico-política. Quadro em que foram institucionalizados o Estado Democrático de Direito, a República Participativa e o sistema de seguridade social no qual a saúde é direito social fundamental de todos a ser viabilizado e concretizado por um Sistema Único. Esclareceu que o direito à saúde, seguindo a tendência do cenário internacional do pós-45 – traçado no primeiro momento – assumiu dupla dimensão – subjetiva e objetiva –, novas classificações e, especialmente, novas funções – de defesa, de proteção e de prestação. Diante desse panorama e, especialmente, da função prestacional, o trabalho averiguou a importância das políticas públicas para a realização do direito de todos à saúde e a emergência daquilo que vem sendo denominado de *judicialização da saúde*.

Apontou a relevância e a complexidade do Sistema Único e de suas políticas para a concretização do direito à saúde em todos os aspectos: preventivo, de promoção e de recuperação. Esclareceu em que consiste o Sistema Único de Saúde (SUS), a precedente organização do setor e a luta do movimento sanitário para a formação do Sistema universal, gratuito e participativo. Apresentou as instituições jurídicas que compõem o Sistema, os seus princípios e diretrizes.

Esclareceu em que consistem as políticas, especialmente as sociais, e o ciclo da política. Daí identificou a fase de formulação da política de saúde como um momento primordial de decisão em torno dos rumos e do conteúdo do direito à saúde. Retomou tema mencionado no momento inicial, sobre a dificuldade do sistema jurídico em lidar com as

políticas e a crise de legitimidade das políticas e dos direitos sociais em tempos de crise de legitimidade do Estado.

Ressaltou como o Sistema Único inovou no exercício do direito de todos à saúde, já que, em virtude de sua diretriz de participação, foi contemplado como um modelo participativo, formatado pela edição da Lei 8.142/90, no qual o exercício do direito coletivo à saúde por meio das deliberações das políticas do setor passou a ser competência dos Conselhos de Saúde. Destacou os avanços desse modelo por retirar do voluntarismo estatal e individual o exercício desse direito e por introduzir um sistema de *representação alargada*.

Além dos avanços em relação ao paradigma jurídico-político moderno, identificou alguns desafios que as transformações paradigmáticas estão a impor para o setor saúde, como, por exemplo, os reflexos da Reforma do Estado e da Administração, em que se destacou a atuação de parceiros privados para a gestão da saúde, como é o caso das organizações sociais. Mencionou também mudanças advindas das peculiaridades da sociedade digital, como o Cartão Nacional de Saúde, e iniciativas de governo eletrônico para gestão e participação da população.

No terceiro momento, teve intuito de comprovar a inadequação do arquétipo participativo ora mencionado às exigências paradigmáticas da Carta Constitucional de 1988 e, diante disso, ressaltar a necessidade de um novo modelo. Baseou-se em uma análise mais profunda sobre o papel dos Conselhos de Saúde na formulação das políticas do setor para contrapor-lo ao modelo de participação exigido pela dimensão coletiva do direito à saúde no contexto pós-moderno.

Assim, demonstrou que, apesar de a estrutura de participação “comunitária” do SUS indicar inovações em relação ao cenário anterior de exercício do direito coletivo à saúde, ela não condiz com o paradigma pós-moderno. Isso porque ela mantém-se orientada e organizada segundo a lógica moderna em que cabe ao Estado e ao indivíduo o exercício e a tutela dos bens coletivos que continuam sem autonomia e, consequentemente, sem processos e mecanismos apropriados para que o seu sujeito de direito, a Sociedade personalizada, possa exercê-los.

Confirmou que o modelo participativo para a formulação das políticas do SUS localiza-se entre a modernidade e pós-modernidade. Isso porque, ao mesmo tempo em que o direito de todos à saúde e o SUS consistem em categorias pós-modernas, o tratamento a eles dispensado ainda se pauta em preceitos e na lógica moderna e, por isso, não viabilizam um tratamento autônomo à dimensão coletiva do direito à saúde e ao Sistema Único. Não se abre espaço para o terceiro elemento – o cole-



tivo – que foi excluído do paradigma moderno para conformar a propriedade privada.

Como primeiro argumento para confirmar esse quadro, a tese analisou algumas propostas atuais acerca da participação, categoria central do paradigma pós-moderno. Verificou que elas ainda estão sendo construídas sobre bases modernas. E que, por isso, não conseguem alcançar a complexidade da pós-modernidade, já que propõem novos conceitos, novas estruturas e concepções tendo como referência a fachada das instituições, sem ao menos tocar o alicerce moderno que lhes sustenta. Notou daí resultar que tais propostas, que influenciam a Administração Pública, continuarem presas, mesmo que sob uma nova perspectiva, às dicotomias público x privado, Estado x indivíduo e à representatividade. Explicou que elas não conseguem resgatar os elementos e conhecimentos excluídos pelo paradigma anterior e, assim, não conformam a participação como um elemento inerente à dimensão coletiva.

Na sequência, elucidou o cenário de surgimento da participação em saúde e, especialmente, a sua abordagem pela Constituição de 1988, que instituiu a República Participativa e inseriu o país no quadro de pós-modernidade jurídica e política, para ressaltar a inovação do modelo participativo por meio das Conferências e dos Conselhos de Saúde, espaços institucionalizados do SUS. Explicou a diferença entre esses foros e destacou o caráter deliberativo dos Conselhos e a sua importância ao definirem as políticas de saúde e, assim, o conteúdo do direito à saúde.

Ressaltou a novidade do exercício do direito de todos à saúde por meio da formulação participativa das políticas do setor pelos Conselhos, configuração que substituiu a atuação do poder tecnoburocrata do Estado. Baseou tal exame nos preceitos legais, particularmente da Lei 8.142/90, e demais normas de menor hierarquia que cuidam da temática. Destacou o sentido restrito assumido pelo termo “comunidade” no contexto de participação do SUS e o caráter representativo que esta continua a manter. Mencionou, ainda, formas não institucionais de participação, e aquelas que surgiram no SUS por influência das Reformas do Estado e da Administração Pública.

A análise da dimensão coletiva do direito à saúde sob a perspectiva pós-moderna comprovou as limitações modernas do modelo atual de participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde do SUS. Verificou que, apesar de caracterizarem-se como categorias pós-modernas, introduzidas no cenário jurídico-político pela Constituição Federal de 1988, o direito coletivo à saúde e o Sistema Único continuam sendo tratados e organizados sob a lógica moderna que inviabiliza a

abordagem condizente com sua dimensão coletiva prevista no texto constitucional. Isso indicou que a configuração do esquema de participação “comunitária” nos Conselhos de Saúde e os mecanismos participativos previstos na Carta Magna têm sido analisados e colocados em prática sob a perspectiva moderna e representativa. Em verdade, revelou uma situação paradoxal, na qual a criação dos Conselhos, ao mesmo tempo em que emerge no contexto participativo do novo constitucionalismo, como alternativa para contornar as crises de legitimidade e representatividade do direito e da política, acaba por padecer dos mesmos vícios que estão no alicerce de tais crises.

Tendo em vista a teoria de base analisada no momento inicial, foi apresentada a configuração participativa condizente com o panorama jurídico-político traçado pela Constituição brasileira. Um quadro que não se limita a reconhecer a saúde como bem coletivo, mas que institui a participação como característica inerente a esse bem, destacando a sua titularidade coletiva e os processos próprios para o seu tratamento.

Sublinhou, dessa forma, que a concepção do novo modelo envolve, inicialmente, a (re)visão do quadro jurídico-político que vem sustentando as novas categorias, o que significa mudança paradigmática. Reforçou que o panorama a se formar é inclusivo e tem em vista o equilíbrio entre as instituições modernas e pós-modernas, entre o coletivo, o público e o privado e entre os sujeitos – a Sociedade, o Estado e o indivíduo – que atuam no processo coletivo próprio e os seus papéis. Um esquema em que o titular, a Sociedade personalizada, não atua sozinha e nem de forma adversarial. Uma estrutura que forma o *locus* para o estabelecimento de negociação e deliberação entre os condôminos do mesmo bem – saúde – em cada caso concreto.

Nesse cenário, comprovou que o direito coletivo à saúde não deve ser tutelado e exercido pelo Estado, pelo indivíduo ou por outros representantes, e sim pelo seu titular, a Sociedade personalizada, em processos coletivos próprios no nível administrativo, judicial e legislativo. Uma participação procedimental configurada sobre bases e lógica da complexidade, e que exige nova estrutura para atuação direta da Sociedade e a modificação dos papéis do Estado e do indivíduo. Um esquema em que só se delibera sobre o exercício de tal direito coletivamente, e que prevê a proteção do bem coletivo frente a interesses públicos ou privados.

Com base em tais características, anotou que a participação inerente ao direito coletivo à saúde em nada se identifica com as propostas participativas que têm sido elaboradas para o contexto de pós-

modernidade. Nem o espaço de sua atuação nem o sujeito de direito condizem com as teorias que vêm sendo discutidas como, por exemplo, os conceitos de esfera pública ou sociedade civil – liberal ou social.

Nesse contexto, retomou o modelo já apresentado no capítulo inicial, segundo o qual, nos processos relativos ao bem coletivo *saúde*, a deliberação deve ser da Sociedade, que atuará sob a condução da autoridade e terá sua decisão também homologada por autoridade competente. Destacou a importância de se pensar a organização desse processo para tornar possível a identificação não só dos novos papéis em seu âmbito, mas também das regras que o orientarão e o efeito jurídico de suas decisões, que produzirão direito participativo. Além disso, apontou as características assumidas pelo direito coletivo à saúde na pós-modernidade.

Ao final, reforçando as comprovações apresentadas na ocasião anterior, a tese organizou os argumentos que fundamentam a nova estrutura participativa e, deles, propôs as linhas gerais para a idealização de nova estrutura participativa para o exercício do direito coletivo à saúde desde a fase de formulação das políticas do Sistema Único, condizente com o exercício do direito coletivo à saúde e, assim, com o paradigma jurídico-político já inaugurado pela Constituição brasileira de 1988.

Afastou as abordagens correntes que reconhecem a saúde como um bem coletivo, mas não lhe oferece tratamento próprio e autônomo. Anotou que tais abordagens não conseguem, ainda, alcançar a complexidade do resgate do coletivo, o que se justifica em razão dos condicionamentos modernos aos quais elas estão, imperceptivelmente, submetidas.

Observou que os Conselhos não viabilizam a participação direta da Sociedade nas deliberações que envolvem, especialmente, a formulação das políticas de saúde, que são instrumentos de exercício do direito de todos à saúde. Criticou a consideração de tais arenas como espaços de participação direta e, desse contexto, concluiu que as amarras modernas se espalham no âmbito dos Conselhos de Saúde, por meio da figura da representação, e afetam a configuração e o funcionamento dos instrumentos e dos mecanismos de participação direta previstos pela Carta Magna.

Examinou a formatação da participação “comunitária” no Sistema de Saúde, com atenção voltada para o papel assumido pelos Conselhos no âmbito da formulação das políticas do setor – nos termos das estipulações da Lei 8.142/90 –, frente à perspectiva pós-moderna, para comprovar que os Conselhos estão tomando decisões que não lhes cabem. Isso porque o exercício do direito coletivo à saúde por meio do

processo de formulação da política do setor no âmbito do SUS e, assim, a estipulação do conteúdo de tal direito, cabe à Sociedade personalizada, que é proprietária e sujeito de direito do bem coletivo *saúde*. Fundando-se nessas constatações e nos desafios identificados no funcionamento dos Conselhos, esclareceu que esse formato participativo, por não reconhecer a Sociedade enquanto sujeito de direito personalizado, acaba por conferir a representantes (os conselheiros) decisões que a ela pertencem por previsão constitucional.

Diante desse quadro, somado aos exemplos de processos participativos pós-modernos ou próprios – no nível dos três poderes estatais –, a tese organizou os elementos para idealizar o novo desenho participativo. Verificou que tal desenho exige a (re)configuração do modelo de participação “comunitária” do Sistema e viabiliza a sua organização e operacionalização nos termos dispostos pela Constituição de 1988, que reconheceu a dimensão coletiva do direito à saúde, tanto no aspecto jurídico – enquanto bem propriamente coletivo pertencente a todos – como no político – enquanto bem a ser tutelado e exercido por meio da participação direta.

Os exemplos analisados reforçaram a constatação da necessidade de outra estrutura participativa, confirmaram a possibilidade de se concretizarem os processos participativos pós-modernos no SUS e deixaram em evidência um instrumento de participação que, quando utilizado, abrirá um espaço de agora na esfera institucionalizada: a audiência pública.

Com base em tais fundamentos, propôs – enquanto ideia – as linhas centrais de estrutura participativa para a fase de formulação das políticas de saúde no âmbito do Sistema Único, considerando particularmente o nível local. Apontou que essa concepção envolve a reestruturação paradigmática das teorias sobre o direito à saúde e sobre o SUS. Por isso, ressaltou que o desenho proposto envolve mais do que novos conceitos, classificações e categorias. Ele indica a (re)estruturação de todo o paradigma jurídico-político, a fim de fornecer à saúde e ao SUS o tratamento que o texto constitucional lhes garantiu enquanto elementos da pós-modernidade do direito e da política no país.

Na elaboração da proposta, a tese apontou os principais traços da estrutura voltada para exercício pós-moderno do direito coletivo à saúde pela fase de formulação das políticas do Sistema Único. Dentre eles citam-se:

- a) a autonomização da Sociedade como sujeito do bem coletivo saúde;

- b) o significado pós-moderno de Sociedade personalizada, pautada no equilíbrio entre sujeitos e poderes que garante a existência do processo participativo próprio para o SUS. Cenário que confirma que a Sociedade não atuará sozinha no exercício do direito coletivo à saúde quando da formulação das políticas do setor no seio do SUS;
- c) as deliberações sobre tais políticas – momento em que se decide o conteúdo do direito à saúde, do interesse coletivo a ser cumprido pelo Estado – é competência da Sociedade personalizada e não dos conselheiros, que são representantes dos segmentos dos trabalhadores de saúde, dos gestores, dos usuários e dos prestadores de serviços;
- d) o equilíbrio e a articulação entre os sujeitos envolvidos no exercício do direito coletivo à saúde – Sociedade, Secretário de Saúde, autoridade condutora do processo e chefe do Executivo – e os seus papéis, e entre as dimensões coletiva, privada e pública do bem jurídico saúde;
- e) o equilíbrio estende-se à existência concomitante entre a estrutura idealizada e os processos de índole individual e aqueles participativos impróprios, voltados para a proteção de interesses coletivos e difusos. Trata-se de um processo a somar-se aos processos administrativos já existentes no seio do Sistema Único;
- f) o novo procedimento é inclusivo e não adversarial. Isso porque as deliberações em torno da formulação das políticas do Sistema Único, por consistirem em momento de exercício do direito de todos à saúde, de titularidade da Sociedade, transformam todas as autoridades e mesmo os sujeitos individuais – sejam eles trabalhadores de saúde, gestores ou empresários do setor médico-hospitalar – em condôminos do mesmo bem. Por isso, a decisão final deve ser voltada não para o atendimento deste ou daquele interesse público ou privado, mas para a manutenção e proteção do bem coletivo *saúde* em sua extensão constitucional, ou seja, de forma integral;
- g) a necessidade de (re)configuração do modelo participativo do SUS a fim de que haja alteração tanto do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 8.142/90 quanto das normas estaduais e municipais que estipulam a competência deliberativa dos Conselhos de Saúde na formulação das políticas do setor. Cuida-se da

transferência da competência de formular as políticas de saúde: dos Conselhos para a Sociedade personalizada;

- h) a alteração do papel dos Conselhos diante da nova estrutura participativa. O que ocorre sob dupla perspectiva: a primeira relacionada ao papel a ser assumido pelos Conselhos nos processos coletivos próprios de formulação das políticas no âmbito do SUS e a segunda relativa à manutenção do papel deliberativo previsto no modelo participativo atual;
- i) a previsão de, ao menos, quatro funções para os Conselhos de Saúde quando da atuação nos processos coletivos, que evidenciam seu novo papel de articulação e intermediação: auxiliar e colaborador da autoridade eleita ou designada para conduzir o processo; responsabilizar-se pelo fornecimento prévio de informações e esclarecimentos necessários para instrumentalizar os debates precedentes às deliberações sobre as políticas, especialmente no que diz respeito aos aspectos operacionais do SUS; auxiliar os gestores do SUS na criação de condições de participação direta; providenciar o enquadramento dos processos na nova estrutura participativa quando o assunto da deliberação for a formulação da política de saúde;
- j) ao gestor de saúde de cada nível de governo cabe o papel de: convocação inicial da sociedade para eleição da autoridade competente para conduzir o processo; fornecimento de informações e esclarecimentos acerca do SUS, das suas políticas e das suas questões operacionais; criação de todas as condições para a realização do processo participativo;
- k) ao chefe do Executivo cabe aprovar ou rejeitar as deliberações da Sociedade sobre as políticas de saúde do SUS. Atividade que, sob a lógica do processo participativo pós-moderno, não pode ser equiparada com as configurações atuais;
- l) a fundamentalidade de prever a forma de externalização das deliberações nesse âmbito administrativo e de fornecer-lhes efeito vinculativo, no mesmo nível das leis e decisões judiciais participativas, para que possam ter efeito não só no nível administrativo, mas no plano jurídico de forma geral;
- m) a produção de um novo tipo de norma, participativa, inclusiva e digna de um paradigma de pluralismo jurídico;
- n) a criação de espaços próprios e institucionalizados que viabilizem a participação direta da Sociedade personalizada na formulação das políticas do SUS. Ágoras que podem ser criadas,

a cada convocação, para deliberação, por meio de instrumentos participativos, como, por exemplo, as audiências públicas. Espaços a serem formados por instâncias físicas e digitais. Assim, desde que configurados de acordo com as peculiaridades do processo participativo pós-moderno no SUS, os instrumentos participativos previstos na Constituição de 1988 criarão, a cada oportunidade, ágoras institucionais para deliberação da formulação da política de saúde;

- o) a não realização do processo participativo próprio para a elaboração da política de saúde do SUS acarretará sua inconstitucionalidade.

Do exposto, verifica-se que a tese consiste numa proposta preliminar que busca contribuir para os debates em torno do direito coletivo à saúde e de seu exercício de acordo com os preceitos constitucionais. Trata-se de um passo inicial, por meio do qual se idealizam os traços centrais a serem configurados na nova estrutura participativa. Não há pretensão de, neste momento e sem a participação de outros atores, apresentar um desenho conclusivo. Além disso, apesar de dedicado à análise da fase de formulação das políticas de saúde, ressalta-se a relevância do estudo para as demais fases do ciclo da política e mesmo para outras situações que digam respeito aos temas mais relevantes para o direito de todos à saúde e ao SUS. Nesse aspecto, recorda-se que a definição dos temas e situações, nas quais deverá ocorrer o processo participativo pós-moderno no SUS, há de ser estipulada caso a caso.





## REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Aparecida Azevedo. Representação em Rousseau e Hannah Arendt. *Lua Nova*, São Paulo, 72, 2007, p. 175-194. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n72/a07n72.pdf>>. Acesso em: nov. 2011.

AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. *O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos excepcional*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

AITH, Fernando et al. (Orgs.). *Direito sanitário*. Saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito Sanitário no Brasil. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Orgs.). *O direito achado na rua*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. v. 4. Introdução crítica ao direito à saúde. Curso de Extensão Universitária a Distância, p. 65-75.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário*. A proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico. Modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*. Colaboração de Rosa Maria de Moura. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Célia. Reforma de Sistemas de Saúde: tendências internacionais, modelos e resultados. In: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 871-922.

ALVES, Sandra Mara Campos. Democracia participativa e a consulta pública na Agência Nacional de Saúde Suplementar. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Temas atuais de Direito Sanitário*. Brasília:

CEAD/FUB, 2009. 1º v. Publicação do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz.

ALVES, Sandra Mara Campos. *Processo de participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. (2000-2006)*. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

AMARANTINO-DE-ANDRADE, Jackeline; ARENHART, Ariane Jacques. Participação social no Sistema Único de Saúde: uma utopia por se concretizar em municípios de pequeno porte do Vale do Taquari. In: MISOCZKY, Maria Ceci; BORDIN, Ronaldo (Orgs.). *Gestão local em saúde. Práticas e reflexões*. Porto Alegre: Dacasa, 2004. p. 35-53.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa. *Nova cidadania. Liberdade e responsabilidade pessoal. Direitos Sociais*, Lisboa, Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica de Portugal, ano III, n. 12, p. 33-39, abr./jun. 2002.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro; BARRETO, Iavana Cristina de Holanda Cunha. *SUS passo a passo*. História, regulamentação, financiamento, políticas nacionais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Hucitec, 2007.

APPIO, Eduardo. *A exigibilidade judicial dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil*. VI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS, UNIFIL, Londrina-PR, 09 nov. 2006, Disponível em: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:D4Im3u1kqEwJ:www.eduardoapio.com.br/canaais/mat\\_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADEJUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:D4Im3u1kqEwJ:www.eduardoapio.com.br/canaais/mat_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADEJUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: jan. 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed., 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*.

Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Programa de Apoio e Fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 239-258.

ARRETCHE, Marta. A política de saúde no Brasil. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1, p. 469-496.

BAGGIO, Roberta Camineiro. *Federalismo no contexto a ordem global*. Perspctivas de (re)formulação da federação brasileira. Curitiba: Juruá, 2006.

BAHIA, Lígia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 407-449.

BALBINOT, Rachelle A. A.; CORRÊA, Lucas Hernandes. Participação social na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. In: AITH, Fernando *et al.* (Orgs.). *Direito sanitário*. Saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010. p. 241-262.

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamentoi dos conselhos de saúde no Sistema único de Saúde do Brasil. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde.

Programa de Apoio e Fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002. p. 177-192.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTE, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/69267040/A-Formacao-e-o-Trabalho-do-Agente-de-Saude>>. Acesso em: maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LXXXI, separata, [200-?].

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973 (data do *copyright*).

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário = Journal of Health Law*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 13-33, mar./jul. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm)>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. *Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011c*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm)>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006b*. Dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm)>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. *Decreto 7.661, de 28 de dezembro de 2011a*. Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7661.htm)>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. *Lei 12.466, de 24 de agosto de 2011e*. Acrescenta arts. 14-A e 14-B à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12466.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12466.htm)>. Acesso em: jan. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de Legislação participativa. Regimento Interno*. Fixa normas para organização dos trabalhos da Comissão de Legislação Participativa. Redação dada pelas Resoluções Internas n.º 01, de 2004 e n.º 01, de 2008. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/diversos/RE GULAMENTO%20INTERNO%20-%20CONSOLIDADO.pdf](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/diversos/RE%20GULAMENTO%20INTERNO%20-%20CONSOLIDADO.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. O menor caminho entre os interesses da população e a Câmara dos Deputados. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. Cartilha de orientação para o exercício do direito de participação junto ao Poder Legislativo. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdca/mara/3629>>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. *Reflexões aos novos gestores municipais de saúde*. Brasília: Conasems, 2009. Disponível em: <[http://www.conasems.org.br/files/reflexoes\\_novos\\_gestores.pdf](http://www.conasems.org.br/files/reflexoes_novos_gestores.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS*. Conselho Nacional de Secretário de Saúde. Brasília: Conass, 2007. v. 9. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec\\_progestores\\_livro9.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro9.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS*. Conselho Nacional de Saúde. Brasília: CONASS, 2003a. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para\\_entender\\_gestao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf)>. Acesso em: 27 de fev. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Volume 1 Coleção Progestores. Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2007a. v. 1. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec\\_progestores\\_livro1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro1.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Decreto 4.194, de 11 de abril de 2002a*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Saúde, e dá outras providências. (Revogado.) Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4194.htm)>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. *Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005b*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Decreto 7.530, de 21 julho de 2011b*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Saúde. Revogado pelo Decreto 7.797, de 30 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7530.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 10.683/03, de 28 de maio de 2003b*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990a*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 8.689, de 2 de julho de 1993a*. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012*. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 11.105, de 24 de março de 2005a*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão



Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 11.107, de 06 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Lei 12.550, de 15 de dezembro de 2011*. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão estratégica e Participativa. *Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS - ParticipaSUS*. 2. ed., 1. reimp. Brasília: Ministério da Saúde, 2009b. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_estrategica\\_participasus\\_2ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_estrategica_participasus_2ed.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão o Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde. ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. v. I. Brasília: Ministério da Saúde, 2003c. Série E. Legislação de Saúde. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Formulação de Política de Saúde. *Políticas de Saúde. Metodologia de Formulação*. Brasília: Ministério da Saúde, 1999. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/capa\\_politicas.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/capa_politicas.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde* / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. DALLARI,

Sueli Gandolfi. (Coord.); AITH, Fernando (redação e pesquisa) – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 132 p. – (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_direito\\_sanitario.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério de Estado da Saúde. *Portaria 3.085, de 1º de dezembro de 2006a*. Regulamenta o Sistema de Planejamento do SUS. Disponível em: <[http://www.saude.al.gov.br/sites/default/files/portaria\\_3085\\_1\\_12\\_2006.pdf](http://www.saude.al.gov.br/sites/default/files/portaria_3085_1_12_2006.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. *Portaria 545, de 20 de maio de 1993*. Estabelece normas e procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através da Norma Operacional Básica - SUS 01/93. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1993/prt0545\\_20\\_05\\_1993.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1993/prt0545_20_05_1993.html)>. Acesso em: jan. 2010.

BRASIL. STF. Audiência Pública nº 4. *Abertura*. março de 2009c. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Governador do Amapá questiona leis que criam programas sociais. *Notícia do STF de 27 de fevereiro de 2012*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=201070&tip=UN>>. Acesso em: 27 fev. 2012a.

BRASIL. TRF4. *Decisão de 14 de dezembro de 2006c. Ação Civil Pública nº 2006.70.00.030708-0/PR*. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfpr&documento=1163915&DocComposto=&Sequencia=&hash=308ba9688828863dff030932d6b50b33](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfpr&documento=1163915&DocComposto=&Sequencia=&hash=308ba9688828863dff030932d6b50b33)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-executiva. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento. *Sistema de Planejamento do SUS*. Uma construção coletiva. Formulação de políticas específicas de saúde. Série B. textos básicos de saúde. Série Cadernos de Planejamento, v. 7. Brasília: Ministério da Saúde, 2009a. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_planejamento\\_sus\\_v7.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_planejamento_sus_v7.pdf)>. Acesso em: jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Brasília, 17 mar.

2010. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: ago. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUJÁN, Antonio de Fernández de. *Derecho Público Romano*. 13. ed. Madrid: Civitas; Thomson Reuters, 2010.

BUJÁN, Antonio de Fernández de. *Historia del derecho romano*. Madrid: Civitas; Thomson Reuters, 2010a.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. O público, o estatal, o privado e o particular nas políticas públicas de saúde. In: HEIMANN, Luiza Sterman; IBANHES, Lauro Cesar; BARBOZA, Renato (Orgs.). *O público e o privado na saúde*. São Paulo: Hucitec, 2005. p. 89-100.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008b.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANUT, Letícia. Comissões Intergestores: inovação na descentralização das políticas de saúde. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Orgs.). *Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais*. Criciúma: Unesc, 2011. v. 3.

CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

CANUT, Letícia. *Direito Sanitário*. Blog. Disponível em: <<http://odireitosanitario.blogspot.com.br/>>.

CANUT, Letícia; CADEMARTORI, Sérgio. Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial. *Revista de Direito Sanitário*. Journal of Health Law/Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário - CEPEDISA/Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário - NAP-DISA/USP, São Paulo, LTr, v. 12, n. 1, p. 9-40, mar./jun. 2011.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Tradução de Gresliana Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed., rev., ampl. e atual. até 31/12/2009. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. *A participação da comunidade na saúde*. Passo Fundo: IFIBE, CEAP, 2007.

CARVALHO, Maria Teresa Geraldo. *Nova gestão pública e reformas da saúde*. O profissionalismo numa encruzilhada. Lisboa: Edições Sílabo, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer com colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. I.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999b. v. 2.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Crimes contra a saúde pública. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de gestão o trabalho e da educação na Saúde. Departamento de gestão da educação em saúde. ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. I. Série E. Legislação de Saúde, p. 107-117.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão o Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde, 2003. v. I. Série E, Legislação de Saúde, p. 363-374.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. *Civil society and political theory*. Massachusetts: MIT, 1994.

COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. (Orgs.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Hicitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 219-246.

COHN, Amélia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 385-404.

COHN, Amélia. Saúde e cidadania: análise de uma experiência de gestão local. In: EIBENSCHUTZ, Catalina (Org.). *Política de Saúde: o público e o privado*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 315-327.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S. *A saúde como direito e como serviços*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CONJUR. Consultor Jurídico. *Justiça determina audiência pública para discutir milho transgênico*. 17 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-dez-17/justica\\_determina\\_audiencia\\_discutir\\_milho\\_transgenico](http://www.conjur.com.br/2006-dez-17/justica_determina_audiencia_discutir_milho_transgenico)>. Acesso em: jul. 2012.

CORBI, Enrique Lozano y. *La legitimación popular en el proceso romano clásico*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

CORREIA, Maria Valéria Costa. *Que controle social? Os conselhos de saúde como instrumento*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (Orgs.). *O direito achado na rua*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. v. 4. Introdução crítica ao direito à saúde. Curso de Extensão Universitária a Distância. p. 65-75.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. *Relações intergovernamentais e descentralização: uma análise da implementação do SUAS em Minas Gerais*. 33º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. GT 32 – Políticas Públicas, 2009. Disponível em: <<http://sec.adevento.com.br/anpocs/inscricao/resumos/0001/TC0821-2.pdf>>. Acesso em: mar. 2010.

COSTA, Emílio. *Historia del derecho romano público*. [s.l.: s.n.]. Prólogo de 1920 em Bolonia.

COUTINHO, Carlos Nelson. Representação de interesses, formulação de políticas e hegemonia. In: TEIXEIRA, Sonia Fleury (Org.). *Reforma sanitária*. Em busca de uma teoria. 3. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-graduação em Saúde Coletiva, 2006.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Hegel e democracia*. Conferência apresentada no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 13 de junho de 1997. Disponível em:

<<http://www.iea.usp.br/textos/coutinhohegel.pdf>>. Acesso em: jan. 2012.

CRETELLA JR. J.; CRETTELLA, Agnes. Tradutores. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 553 d.C. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. *Gênese, desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar*: reflexões sobre a realidade brasileira. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Previdenciário: módulo 3). Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_PAULO\\_CRUZ\\_completo.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_PAULO_CRUZ_completo.pdf)>. Acesso em: nov. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. *Revista de Direito Sanitário = Journal of Health Law*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, mar./jul. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. In: ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. *O direito sanitário na Constituição brasileira de 1988*: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: OPAS - Representação do Brasil, 1994. Série Direito e Saúde, n. 4.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão o Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde, 2003. v. I. Série E. Legislação de Saúde, p. 39-61.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Municipalização dos serviços de saúde*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo - USP, 1984.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário: fundamentos, teoria e efetivação. In: AITH, Fernando *et al.* (Orgs.). *Direito sanitário*. Saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DE MASI, Domenico (Org.). *A sociedade pós-industrial*. 3. ed. Tradução de Anna Maria Capovilla e outros. São Paulo: Senac, 2000.

DELDUQUE, Maria Célia Nogueira Pires de Sá. *Controle Judicial da política de vigilância sanitária: a proteção da saúde no Judiciário*. Tese (Programa de Pós-graduação em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Temas Atuais de Direito Sanitário*. Brasília: CEAD/FUB, Publicação do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz, 2009. 1º v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

EIBENSCHUTZ, Catalina (Org.). *Política de Saúde: o público e o privado*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, Lúcia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 385-434.

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 83-115.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. In: GIOVANELLA, Lúcia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 979-1.010.

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo de; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA,



Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 59-83.

FARIA, José Eduardo. Ideologia e função do modelo liberal de direito e Estado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 14, jun. 1988. Especial. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451988000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451988000100008&script=sci_arttext)>. Acesso em: jan. 2012.

FARIA, Paula Lobato de; CORDEIRO, João Valente. *Genoma – bem público ou privado? Reflexões à luz do biodireito*. Seminário de investigação. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2005. Artigo no prelo.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 30.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.

FERREIRA, Fernando Fonseca Carnaval. *O direito à participação dos interessados nos procedimentos administrativos: uma abordagem positiva e fundamental*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 159-186.

FLEURY, Sonia; OUVÉNEY, Assis Mafort. Política de saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 23-64.

FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz. *Federalismo e políticas públicas: uma relação de reciprocidade no tempo*.

33º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS.GT 32: Políticas Públicas, 2009. Disponível em: <<http://sec.adevento.com.br/anpocs/inscricao/resumos/0001/TC2210-1.pdf>>. Acesso em: mar. 2010.

FRANZESE, Cibele. Administração Pública em contexto de mudança: desafios para o gestor de políticas públicas. In: IBÁÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon; SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo (Orgs.). *Política e gestão pública em saúde*. São Paulo: Hucitec, 2011. p. 19-53.

GAMA, Denise Travassos. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GARCÍA, José María Bleda; GIL, Marta Aguilar. *Participación ciudadana en salud*. Madrid: Editorial Universitas, 2011.

GARRAFA, Volnei. *A dimensão ética em saúde pública*. AdSAÚDE – Série temática. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública. Universidade de São Paulo, 1995.

GERSCHMAN, Silvia. Sobre a formulação de políticas sociais. In: TEIXEIRA, Sonia Fleury (Org.). *Reforma sanitária*. Em busca de uma teoria. 3. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 2006. p. 119-138.

GERSCHMAN, Silvia; VIANA, Ana Luiza. Descentralização e desigualdades regionais em tempos de hegemonia liberal. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 307-351.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIOVANELLA, Lígia et al. (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed., rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. Tradução de Marcelo Fonseca. In: Congresso brasileiro de história do direito. 3. Curitiba: Digit, 2007a.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

GUIMARÃES, Maria do Carmo do. Processo decisório e conflitos de interesse na implementação da descentralização da saúde: um estudo das instâncias colegiadas da Bahia. In: *Caderno CRH*, Salvador, n. 39, p. 105-132, jul./dez. 2003. Disponível em: <[http://www.twiki.ufba.br/twiki/bin/viewfile/PROGESP/ItemAcervo364?rev=&filename=Processo\\_Decis%F3rio,\\_Conflitos\\_de\\_Interesses\\_SUS.pdf](http://www.twiki.ufba.br/twiki/bin/viewfile/PROGESP/ItemAcervo364?rev=&filename=Processo_Decis%F3rio,_Conflitos_de_Interesses_SUS.pdf)>. Acesso em: maio 2010.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade II. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIMANN, Luiza Sterman; IBANHES, Lauro Cesar; BARBOZA, Renato (Orgs.). *O público e o privado na saúde*. São Paulo: Hucitec, 2005.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 1789-1848. 22. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital*. 1848-1874. Tradução de Luciano Costa Neto. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007a.

HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi. *Desatando nós*. Associativismo civil, democracia e empoderamento na colônia de pescadores de Matinhos, Paraná. Tese (Doutorado em Sociologia Política) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

IBAÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon; SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo. (Orgs.). *Política e gestão pública em saúde*. São Paulo: Hucitec, 2011.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, Nisia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 353-383.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de saúde. Visões “macro” e “micro”. *Civitas. Revista de Ciências Sociais*, v. 6, n. 1, p. 200-221, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/29/1593>>. Acesso em: jun. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais*. Efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. Por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999.

LIMA, Juliano de Carvalho. História das lutas sociais por saúde no Brasil. *Trabalho Necessário*, ano 4, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.institutoconscienciago.com.br/pdf/lutassocias.pdf>>. Acesso em: nov. 2010.

LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LINDBLOM, Charles E. *O processo de decisão política*. Pensamento político. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1981.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos; GIOVANELLA, Lúcia. Sistema de Saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lúcia *et al.* (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 107-140.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006a.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Editorial Tecnos: Madrid, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* 15. ed. São Paulo: Brasilense, 1994. Coleção Primeiros Passos, n. 62.

MACHETE, Rui Chancerelle. Um novo paradigma nas relações Estado-sociedade. *Nova Cidadania*. Liberdade e responsabilidade pessoal, Direitos Sociais, Lisboa, Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica de Portugal, ano III, n. 12, p. 27-32, abr./jun. 2002.

MAGALHÃES JUNIOR, Helvécio Miranda. Apresentação. In: SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: Espaço de gestão inovada e dos consensos interfederativos. Aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 115-163, out. 2009. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000128-reid-5-12-mario.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

MARQUES, Silvia Badim. *A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2005.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Programa de Apoio e fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed., rev e actual. Coimbra: Coimbra, 2010. Tomo III. Estrutura constitucional do Estado.

MISOCZKY, Maria Ceci; BORDIN, Ronaldo (Orgs.). *Gestão local em saúde*. Práticas e reflexões. Porto Alegre: Dacasa, 2004.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 5. ed., rev. e modif. pelo autor. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MORIN, Edgar. *O método* 4. As idéias. Habitat, vida, costumes, organização. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, [1998].

MORIN, Edgar. *O método* 4. As idéias. Habitat, vida, costumes, organização. 5. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução história dos partidos brasileiros*. 2. ed., rev. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Colección Ciencia Política, n. 37.

NASCIMENTO, Vânia Barbosa do. *SUS*. Pacto federativo e gestão pública. São Paulo: Aderaldo & Rothschild; Santo André: Cesco, 2007.

NÓBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. I.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Sociedade civil, entre o político-estatal e o universo gerencial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 52, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n52/18072.pdf>>. Acesso em: dez. 2011.

NORONHA, José Carvalho; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 435-471.

OCDE. Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico. Conselho económico e social. *A reforma dos sistemas de saúde*. Análise comparada de sete países da OCDE. Tradução de Maria da Conceição Tavares da Silva a partir de textos em francês e inglês, versões oficiais da publicação. Estudos de política de saúde, nº 2. [s.l.]: OCDE, 1995.

OECD. Organisation for Economic co-operation and development. *Regulatory policies in OECD countries*. From interventionism to regulatory governance. Paris: OECD, 2002.

OLIVEIRA, Maria José de. *Notas para o estudo da propriedade das res publicae no período clássico de Roma*. Relatório do curso de aperfeiçoamento. Ciências histórico-jurídicas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Por uma construção democrática do direito à saúde: a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier. *A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O MENOR CAMINHO ENTRE OS INTERESSES DA POPULAÇÃO E A CÂMARA DOS DEPUTADOS. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011d. 39 p. (Série ação parlamentar; n. 427). Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3629/menor\\_caminho\\_5ed.pdf?sequence=11](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3629/menor_caminho_5ed.pdf?sequence=11)>. Acesso em: jul. 2012.

OMS. Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Organización Mundial de la Salud: Ginebra, 1948. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf>>. Acesso em: maio 2012.

OMS. Organización Mundial de la Salud. *Promoción de la Salud. Glosario*. Ginebra, 1998. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO\\_HPR\\_HEP\\_98.1\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HPR_HEP_98.1_spa.pdf)>. Acesso em: jun. 2012.

OMS. Organización Mundial de la Salud. *Trabajar en pro de la salud*. Organización Mundial de la Salud: Ginebra, 2006. Disponível em: <[http://www.who.int/about/brochure\\_es.pdf](http://www.who.int/about/brochure_es.pdf)>. Acesso em: maio 2012.

OPAS. Organización Panamericana de la Salud. *Documentos básicos de la organización Panamericana de la Salud*. 17. ed. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2007. Disponível em: <[http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2009/DO\\_325.pdf](http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2009/DO_325.pdf)>. Acesso em: maio 2012.

OPAS. Organización Panamericana de la Salud. *site oficial*. Disponível em: <[http://new.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2128&Itemid=1850](http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_content&task=view&id=2128&Itemid=1850)>. Acesso em: maio 2012.

OPS. Organización Panamericana de la Salud. *Participación de la comunidad en la salud y el desarrollo en las Américas*. Análisis de



estudios de casos seleccionados. Publicación científica nº 473. Washington: OPS, 1984.

ORWELL, George. 1984. 29. ed., 4. reimp. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

PAIM, Jairnilson Silva. Planejamento em saúde para não especialistas. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al.* (Org.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Hicitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 767-782.

PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. p. 310-346. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1.

PARADA, Roberto. *Federalismo e o SUS: um estudo sobre as mudanças dos padrões de governabilidade no Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PILATI, José Isaac. *A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988: o resgate da dimensão coletiva*. VII CONGRESSO ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA ULBRA. Gravataí, 2008.

PILATI, José Isaac. *Direito público romano: projeção crítica à modernidade no resgate das tutelas coletivas*. XVI CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO, San José de Costa Rica, 21, 22 y 23 de julio del 2008a.

PILATI, José Isaac. Função social e tutela coletiva: contribuição do direito romano a um novo paradigma. *Seqüência*, Florianópolis, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso de Direito Romano*. Cascais: Príncipe, 2009. v. I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários (753 a.C.-395).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

POZZOLO, Suzana. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio, Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006. p. 75-185.

RAMOS, Arias José. *Compendio de derecho público romano e historia de las fuentes*. Como introducción a un curso de instituciones. 6. ed. Valladolid: Talleres Graficos Ceres, 1961.

REALE, MIGUEL. *Lições preliminares de direito*. 27. ed.. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

REMOR, Lourdes de Costa. *Controle, avaliação e auditoria do sistema único de saúde*. Atividades de regulação e fiscalização. Florianópolis: Papa-livro, 2003.

RESENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde, 2003. v. 2. Série E. Legislação de Saúde. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol2.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol2.pdf)>. Acesso em: fev. 2012

RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. Etapas da evolução sociocultural. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso. A transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Books, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos*. [s.d.]. Disponível em: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:5S7TbW8hYzAJ:www.cebes.org.br/media/File/direito%2520sanitrio/Direito\\_\\_sade\\_universalidade\\_integralidade.doc+direito+saude+objetivo+subjetivo+rios&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:5S7TbW8hYzAJ:www.cebes.org.br/media/File/direito%2520sanitrio/Direito__sade_universalidade_integralidade.doc+direito+saude+objetivo+subjetivo+rios&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: jan. 2010.

ROCHA, Juan S. Yazlle. Da Cendes-Opas ao PlanejaSUS. Teoria e prática do planejamento em Saúde no Brasil. In: IBÁÑEZ, Nelson; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon; SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo (Orgs.). *Política e gestão pública em saúde*. São Paulo: Hucitec, 2011. p. 261-284.

RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania*. Uma visão histórica e comparada do SUS. São Paulo: Atheneu, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Prefácio. In: LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RONCATO, Bruna Silveira. *Novos contornos do poder político: o déficit participativo na governança global e o contraponto da emergente sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANO, Hironobu. *Federalismo e articulação intergovernamental: os Conselhos de Secretários Estaduais*. Artigo apresentado no 33º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. NO GT 32: Políticas Públicas. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/index.php?option=com\\_wrapper&Itemid=101](http://www.anpocs.org.br/portal/index.php?option=com_wrapper&Itemid=101)>. Acesso em: mar. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Prefácio. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003b. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1, p. 25-33.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia participativa. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003a. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1. p. 376-465.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1, p. 34-69.

SANTOS, Lenir. *O princípio da solidariedade no SUS*. In: BLOG DIREITO SANITÁRIO: saúde e cidadania. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/09/30/o-principio-da-solidariedade-no-sus/>>. Acesso em: set. 2011.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: Espaço de gestão inovada e dos consensos interfederativos*. Aspectos jurídicos, administrativos e financeiros. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf)>. Acesso em: ago. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. [2009] Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/Saude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAni\\_a\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/Saude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAni_a_10_04_09.pdf)>. Acesso em: maio 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Lucioano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *O marco legal da participação popular no Brasil*. 2002. Disponível em: <[http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/NelsonSaule\\_Brasil.pdf](http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/NelsonSaule_Brasil.pdf)>. Acesso em: nov. 2011.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, [1960].

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SEIXAS, Margarida. Personalidade colectiva no direito romano. In: *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Raúl Ventura*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003. v. I. Direito romano. História do direito.

SILVA, Jorge Pereira. Direitos Sociais e Reforma do Estado-providência. *Nova Cidadania*. Liberdade e Responsabilidade Pessoal. Direitos Sociais, Lisboa, Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica de Portugal, ano III, n. 12, p. 40-48, abr./jun. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Silvio Fernandes da. *Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas*. São Paulo: Hucitec, 2001.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Processos coletivos para a tutela do risco ecológico abusivo: a construção de um patrimônio comum*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

SOUZA, Celine. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 5. ed. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Record, [1980]. (data do *copyright*).

UPRIMY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1, p. 250-285.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. *O sistema único de saúde*. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al.* (Org.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Hicitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 531-562.

VENTURA, Raul. *História do direito romano*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1968. Parte II. Direito das coisas. Apontamentos das lições dadas ao 1º Ano de 1967/1968 pelo Prof. Raúl Ventura.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lúgia *et al.* (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 65-105.

VIEIRA, Liszt. *Argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2001.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 8. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre administração pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WEICHERT, Marlon Alberton. Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades. *Revista de Direito Sanitário = Journal of Health Law*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-97, mar./jul. 2009.

WHO. World Health Organization. *Community involvement in health development: a review of concept and practice*. Edited by Haile Mariam Kahssay e Peter Oakley. Geneva: WHO, 1999.

WHO. World Health Organization. *Community involvement in health development: an examination of critical issues*. By Peter Oakley. Geneva: WHO, 1989.

WHO. World Health Organization. Regional Office for Europe. *Community involvement in health: indicators*. Report on a study. EUR/ICP/PHC 335. 3163 B. Geneva: WHO. Regional Office for Europe, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito na Brasil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas*. Da antiguidade clássica à modernidade. 2. ed., rev. e atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

